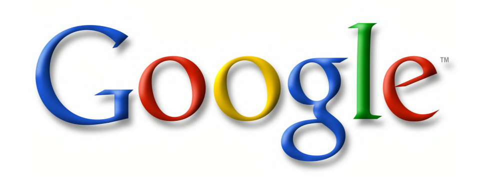


JTI
LBJ
KHe

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR

Ch. BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
DOYEN HONORAIRE

PUBLIÉ PAR SON FILS

ROBERT BEUDANT

PROFESSEUR AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ DES PERSONNES

TOME PREMIER

PARIS

Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1896

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

octroyée ? Quels sont leurs droits ? Questions curieuses et de plus en plus pratiques. Nous en ajournerons l'étude, suivant en cela la méthode du Code civil lui-même. En effet, il ne s'occupe pas des personnes civiles dans le livre I, lequel ne traite que de la personne humaine, des personnes réelles, des particuliers.

Ce n'est pas que les dispositions du livre I soient toutes inapplicables aux personnes civiles. Ainsi le titre premier du livre I traite des personnes au point de vue de la nationalité. Les personnes civiles, elles aussi, peuvent être françaises ou étrangères ; les sociétés établies en Belgique ou en Suisse sont pour nous personnes belges ou suisses. Beaucoup des règles relatives à la condition des étrangers en France sont applicables aux personnes civiles étrangères ; il y a pour elles un statut personnel. Ainsi encore le titre troisième du livre I traite du domicile. Les personnes civiles, elles aussi, ont un domicile ; il a, quant à elles, sauf distinctions, les mêmes effets que quant aux particuliers : c'est le siège social.

Cependant, quoiqu'à plusieurs points de vue les règles du livre I soient applicables aux personnes civiles, il n'est pas question des personnes civiles dans ce livre et cela tient à ce qu'elles n'existent, à vrai dire, qu'au point de vue des droits de patrimoine, au point de vue des biens. Elles n'ont ni droits politiques, ni droits de famille ; elles ne connaissent ni le mariage, ni la minorité, ni l'interdiction, qui sont propres aux personnes réelles. Or ce sont les objets dont s'occupe principalement le livre I. C'est ailleurs, à propos des biens, dans le livre II, qu'il est particulièrement question des personnes civiles. Le chapitre III du titre I est intitulé : *Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent* ; ce sont précisément ou les particuliers ou les personnes civiles. L'article 537 établit nettement l'opposition : « Les particuliers ont « la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous « les modifications établies par les lois. Les biens qui n'ap- « partiennent pas à des particuliers sont administrés et ne « peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les rè- « gles qui leur sont particulières. »

C'est sous cet article et sous les articles suivants que nous nous occuperons spécialement des personnes civiles et pourrons comparer leur régime avec celui des personnes réelles,

des particuliers. Il suffit, pour le moment, d'en avoir constaté l'existence ; jusqu'à nouvel ordre, nous avons à traiter seulement des personnes réelles.

2. Encore une fois, la personne réelle c'est l'être humain envisagé comme sujet de droits, la vraie personne en droit. Dans le droit actuel, tout homme constitue une personne. Inutile d'observer qu'en disant tout *homme* nous visons l'être humain, ce qui comprend les deux sexes [1]. Tout être humain constitue une personne. On sait du reste qu'il n'en fut pas ainsi dans l'antiquité ; les anciens ne reconnaissaient pas de personnalité aux esclaves, qui n'étaient point des sujets mais des objets de droits. L'esclavage ancien s'est transformé en servage dans l'ancienne France ; le servage à son tour s'est affaibli et a disparu ; depuis 1789, tous les hommes, en France, sont des personnes égales devant la loi. Tous ont des droits égaux ; ils ne sont pas tenus d'autres obligations que celles résultant de la loi ou des conventions librement formées. C'est ce qui résulte de l'article 1 de la Déclaration des droits de 1789-1791 : « Les hommes naissent « et demeurent libres et égaux en droits. » Formule devenue banale avec le temps, mais qui, à son heure, a été toute une révolution et qui reste un des fondements de notre état social.

L'esclavage, toutefois, a subsisté dans la loi française jusqu'en 1848 ; il existait encore à cette date dans les colonies françaises et ne disparut que par application des décrets-lois du 27 avril 1848. Quatorze décrets rendus à cette date ont aboli l'esclavage dans toute terre française et réglé les questions que cette grande mesure faisait naître. Ces quatorze décrets sont l'honneur du Gouvernement provisoire de 1848 et surtout de l'homme qui en a été le promoteur, Victor Schoelcher.

3. Tout homme est donc une personne. La personnalité, l'aptitude à être sujet de droits, commencent pour l'homme dès sa naissance, plus exactement dès sa conception. L'enfant dans le sein de sa mère ne vit pas d'une vie qui lui soit propre et n'a pas à vrai dire de personnalité distincte ; cependant il est considéré comme déjà né, par suite comme étant une personne, en tant du moins que son intérêt l'exige.

1. *Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur* (Fragm. 195, Dig., *De verborum significatione*, L, 16).

C'est une règle ancienne; le droit romain disait déjà : « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*[1]. » Nous trouverons ultérieurement de nombreuses applications de cette idée. C'est ainsi notamment que l'enfant simplement conçu peut être reconnu par ses père et mère ; il est habile à succéder (art. 725) et capable de recevoir une donation entre vifs (art. 906).

En vertu de cette fiction, l'enfant conçu et non encore né jouit d'une sorte de capacité juridique provisoire, qui est subordonnée, quant à ses effets définitifs, à ce qu'il naisse vivant et viable (art. 725 et 906). Il naît vivant quand, au sortir du sein de sa mère, il a respiré ; il naît viable quand il naît conformé de manière à pouvoir vivre. C'est là tout ce qu'on peut dire en droit ; le reste est affaire de constatations médico-légales. Les difformités physiques, les infirmités intellectuelles, quelque graves qu'elles soient, ne portent pas atteinte à la personnalité qui est l'attribut de tout être humain, ne font pas disparaître l'aptitude à être sujet de droits. Il en pourra résulter la nécessité d'une protection spéciale ; la personnalité reste intacte.

La mort fait cesser la personnalité.

4. L'homme est donc une personne depuis sa conception jusqu'à sa mort. Telle est la notion simple ; elle se complique si on observe que le même individu peut avoir concurremment plusieurs personnalités, former à la fois plusieurs personnes différentes. Alors la personne est moins l'individu lui-même que le rôle qu'il occupe. Le même individu peut constituer autant de personnes, autant de personnalités qu'il a de qualités répondant à un rôle particulier et chacune de ces personnes peut avoir des droits et des obligations distinctes. Il y a, en procédure, une expression usitée qui suppose et en même temps indique très bien cela. Une personne passe un acte, contracte une obligation, acquiert une chose, est jugée *ès-qualité*, c'est-à-dire de telle sorte que l'acte produit seulement ses effets eu égard à la qualité en laquelle la personne y a figuré. Ainsi un tuteur est poursuivi en justice comme représentant du mineur (art. 450) et il est condamné. La condamnation ne l'atteint que *ès-qualité*, c'est-à-dire en tant que tuteur ; sa personne comme tuteur est

1. Fragm. 26, Dig., *De statu hominum*, I, 5.

distincte de sa personne comme individu. Ainsi encore un administrateur, un préfet, un maire, un mari, un gérant de société passe un acte *ès-qualité*, c'est-à-dire que les conséquences de l'acte restent étrangères à l'individu en dehors de la qualité en laquelle il y a figuré.

Mais ce n'est là qu'une particularité. D'une manière générale, la personne est l'être humain envisagé comme sujet de droits. C'est de la personne ainsi comprise que s'occupe le livre I du Code. Les onze titres qui le composent prévoient les diverses situations que les personnes peuvent occuper et leur influence sur la jouissance et l'exercice des droits.

5. Les dispositions du livre I ont trait à trois objets.

a) Le livre I traite d'abord des personnes envisagées comme membres de la cité.

Là se placent les questions de nationalité. Qui est français et étranger? Quelle est l'importance de ces deux états quant à l'aptitude à être sujet de droits? Tel est l'objet du titre premier, qui, sous le titre *De la jouissance et de la privation des droits civils*, s'occupe en réalité de la nationalité des personnes, de l'état de français et d'étranger.

Là se place, en outre, le système des actes de l'état civil, c'est-à-dire des actes destinés à constater officiellement les éléments constitutifs de l'état des personnes. C'est l'objet du titre second.

Là se place enfin la détermination du domicile, c'est-à-dire du siège juridique de la personne quant à l'exercice de ses droits. C'est l'objet du titre troisième.

b) Le livre I traite en second lieu des personnes envisagées au point de vue de la famille. A cet égard, il réglemente d'abord les faits qui servent de fondement au droit de la famille : le mariage, d'où résulte l'état d'époux (titre V, art. 144 et suiv.), — la filiation, d'où résulte l'état de père et d'enfant légitime ou naturel (titre VII, art. 312 et suiv.), — l'adoption, d'où résulte l'état de père et d'enfant adoptif (titre VIII, art. 343 et suiv.). Il réglemente ensuite, ce qui rentre encore dans le droit de famille, l'exercice du pouvoir domestique sous ses trois formes : puissance maritale, puissance paternelle (titre IX, art. 371 et suiv.), tutelle (titre X, art. 388 et suiv.). Ces titres renferment la théorie des droits et obligations résultant des relations de famille, des rapports de parenté.

c) Enfin le livre I prévoit et réglemente certains faits accidentels qui peuvent modifier la condition normale des personnes, influer sur leur capacité : condamnations judiciaires (titre I, art. 22 et suiv.), — absence (titre IV, art. 112 et suiv.), — interdiction, nomination d'un conseil judiciaire, placement dans un asile d'aliénés (titre XI, art. 488 et suiv. avec les lois accessoires).

Tout cela, c'est le droit des personnes, la réglementation des conditions ou états qu'elles peuvent occuper ; c'est l'objet du livre I.

L'ensemble tracé, il faut maintenant reprendre chaque titre isolément.

TITRE I

DE LA JOUISSANCE

ET DE

LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

6. Il est regrettable d'avoir à commencer par ce titre, car c'est assurément un des plus embrouillés du Code ; il est peu net par son objet et très confus par sa rédaction.

La complication qu'on y trouve tient à deux causes :

a) Elle tient d'abord à ce que l'objet ici réglementé manque d'unité. La rubrique du titre ne répond pas au contenu. Sous cette rubrique assez mal choisie *De la jouissance et de la privation des droits civils*, il est en réalité question de quatre sujets différents.

1° De la nationalité des personnes, c'est-à-dire de l'état de français ou d'étranger et de ses conséquences au point de vue des droits. Les rédacteurs du Code sont partis de cette idée, inexacte à l'époque de la rédaction et tout à fait fausse aujourd'hui, que la jouissance des droits est l'apanage exclusif des seuls français, qu'elle est subordonnée à la qualité de français et n'appartient pas aux étrangers. Ce point de vue résulte manifestement de l'article 8 (1re phrase) ; en disant que « tout français jouira des droits civils », la loi semble indiquer *a contrario* que l'étranger n'en jouit pas. Il résulte mieux encore de la rubrique de la section première du chapitre II : *De la privation des droits civils par la perte de la qualité de français ;* cela implique

qu'on perd les droits civils en cessant d'être français. Or c'est inexact. Il y a bien, quant aux droits civils, quelques différences entre les français et les étrangers ; mais il y aurait erreur à croire que les étrangers n'ont pas, en France, la jouissance des droits civils. Quoi qu'il en soit, l'idée fut admise sans réflexion suffisante ; alors on a confondu la question de la nationalité des personnes avec celle de la jouissance des droits civils. De là un premier sujet réglementé dans ce titre : la nationalité.

2° Le titre traite de la classification des droits pouvant appartenir aux personnes. C'est l'objet de l'article 7, qui distingue les droits politiques des droits civils.

3° Il traite des conditions générales sous lesquelles les français ont les droits civils ou politiques et peuvent en être privés.

4° Il traite de la condition des étrangers en France quant aux droits civils, comparée à celle des français.

Les règles reçues sur ces quatre sujets fournissent les données les plus générales relativement à la condition des personnes quant à la jouissance et à l'exercice des droits. C'est pour cela que le titre est intitulé : *De la jouissance et de la privation des droits civils*. Mais il n'est question de cela qu'indirectement ; le vrai sujet est celui-ci : de l'état des personnes au point de vue de la nationalité, de la condition respective du français et de l'étranger quant aux droits qu'ils peuvent avoir. Donc la rubrique du titre ne donne qu'une idée insuffisante et approximative du sujet traité ; c'est une première cause de complication.

b) La complication du titre I tient en outre à ce que la plupart des trente-trois articles qu'il contient ont été, depuis 1804, les uns modifiés, les autres abrogés par des lois postérieures. Une dizaine de lois spéciales ont successivement amendé ce titre ; du texte primitif il ne reste en quelque sorte plus rien.

D'abord la loi du 31 mai 1854, portant abolition de la mort civile, a fait disparaître les articles 22 à 33, c'est-à-dire toute la section II du chapitre II. Il y était question, comme la rubrique de la section l'indique, *De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires*. Or la loi de 1854 a introduit, quant à l'effet des condamnations judiciaires sur les droits des condamnés, un système nouveau qui a remplacé

celui du Code civil. D'où les articles 22 à 33 ont disparu. On les a conservés dans toutes les éditions du Code, mais il vaudrait mieux laisser leur place en blanc, car c'est une source de confusions.

Plus tard, les articles 7 à 21, c'est-à-dire tous les autres articles du titre (chapitre I et première section du chapitre II), sans disparaître précisément, ont été remaniés par diverses lois postérieures, finalement par la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, modifiée elle-même par la loi du 22 juillet 1893.

Quatre articles du titre subsistent seuls dans leur rédaction primitive : les articles 11, 14, 15 et 16, relatifs à la condition des étrangers en France. Tous les autres ou ont disparu (loi de 1854), ou ont été remaniés par les lois de 1889 et de 1893.

7. Pour mettre de l'ordre dans les dispositions complexes du titre I, il faut étudier séparément les trois points suivants : 1° la nationalité des personnes, 2° la condition des français devant la loi, 3° la condition des étrangers en France.

CHAPITRE I

DE LA NATIONALITÉ DES PERSONNES.

8. Il suffit à ce propos de dire quelles personnes sont françaises ; *a contrario* résulte de là quelles personnes sont étrangères aux yeux de la loi française.

Pour déterminer qui est français et indirectement qui est étranger, il faut parler successivement : 1° de la nationalité d'origine, c'est-à-dire de celle qu'on a en venant au monde; — 2° de l'acquisition de la qualité de français par un fait postérieur à la naissance, c'est-à-dire de la nationalité d'acquisition, de la naturalisation acquise par ceux qui étaient étrangers auparavant, — 3° de la perte de la qualité de français.

Sur ces trois points, la législation française a été, dans les temps modernes, l'objet de transformations continuelles. Les textes qui s'y rapportent ont été, depuis 1804, maintes fois modifiés. L'article 6 de la loi du 26 juin 1889 donne l'énumération des lois successivement portées en cette matière ; il en prononce l'abrogation et les rappelle à ce propos. La liste en est longue. L'avènement de la loi de 1889 s'explique, au moins en grande partie, précisément par la complication qui était résultée pour la pratique de cette superposition de lois successives. Les lois nouvelles, en se juxtaposant au texte primitif sans l'abroger, avaient fini par former une législation inextricable et on a jugé nécessaire de reprendre toutes ces lois sur la nationalité, d'en codifier le résultat, afin de rendre quelque unité et autant que possible quelque fixité à cette matière. De là la loi du 26 juin 1889 ; de là spécialement l'article 6 de cette loi. Elle est restée sept ans sur le chantier ; en effet, c'est en 1882 que la proposition a été déposée au Sénat.

Elle est complétée par deux documents importants : 1° le décret du 13 août 1889, portant règlement d'administration

publique, rendu en exécution de la loi (art. 5, 10, 20, etc.), — 2° la circulaire du ministre de la justice du 23 août 1889, commentaire officiel de la loi, contenant des instructions pour l'application et des modèles d'actes. Il faut noter enfin qu'une loi du 22 juillet 1893 a modifié quelques dispositions de la loi de 1889.

9. La loi de 1889 mérite deux reproches ; l'un a trait à la forme, l'autre au fond.

a) En la forme, la longueur des textes est démesurée. C'est un reproche que la loi du 22 juillet 1893 mérite plus encore que sa devancière. On a tenu à les fondre toutes deux dans les anciens textes du Code civil sur la nationalité, à la place que chacun d'eux occupait. L'article 1 de la loi de 1889 porte : « Les articles 7, 8, 9, 10, 12, 13, 17, 18, 19, 20 et 21 du Code « civil sont modifiés ainsi qu'il suit. » Puis la loi de 1893 a remanié de nouveau les articles que la loi de 1889 avait modifiés, notamment les articles 8 et 9. Or, dans leur forme actuelle, quelques-uns de ces textes, modifiés deux fois, sont d'une longueur démesurée, notamment les articles 8 et 9. L'article 8 renferme neuf alinéas, deux énumérations fort longues, suivies de sous-énumérations ; l'article 9 contient onze alinéas, ce qui est contraire aux exigences d'une bonne rédaction législative.

Il y aurait eu pourtant un autre procédé bien simple à suivre. Les articles 22 à 33 ayant été abrogés par la loi du 31 mai 1854, on aurait pu, sans toucher à la série des articles du Code à partir de l'article 34, utiliser la place libre pour développer méthodiquement les dispositions sur la nationalité dans les articles 7 à 33 ; c'était plus que suffisant. On ne l'a pas fait. La place des articles 22 à 33 reste vide puisqu'ils sont abrogés et, dans les articles 7 à 21, on a amoncelé jusqu'à la superfétation les règles nouvelles. C'est certainement d'une tactique défectueuse.

b) Au fond, les deux lois de 1889 et 1893 ont multiplié à l'excès les hypothèses, distinctions et sous-distinctions. Cela s'explique par les circonstances qui les ont amenées. De même que les lois antérieures, portées de 1804 à 1889 et abrogées par l'article 6 de la loi de 1889, elles ont été faites à l'occasion de faits particuliers, en vue d'obvier à des inconvénients signalés, sans souci d'idées générales bien arrêtées. Il en est résulté un système des plus compliqués, qui

consiste plutôt dans une série de décisions d'espèces que dans une théorie. Le titre premier du livre I du Code est devenu inextricable.

10. Si maintenant on cherche comment s'explique la mobilité de la législation sur la nationalité depuis un demi-siècle, il est facile de s'en rendre compte. Elle n'a pas été spéciale à la France et s'est produite partout. Elle tient au développement qu'a pris l'émigration dans tous les pays à l'époque actuelle, au cosmopolitisme qui en est la conséquence. La législation s'est trouvée en présence d'habitudes nouvelles, de besoins nouveaux, de dangers nouveaux. Ce qui pouvait convenir à une époque d'habitudes sédentaires n'a plus convenu à une époque de communications multipliées. Il a fallu aviser. D'une part on ne conteste plus, on ne peut plus contester comme jadis aux personnes la liberté de s'expatrier ; c'est un droit pour tout homme de choisir une patrie mieux en rapport avec ses goûts que celle où il a été placé par le hasard de la naissance. D'un autre côté, il faut réagir contre le flot croissant des personnes qui trouvent, grâce au cosmopolitisme moderne, le moyen de n'avoir pas de patrie, de vivre à l'abri et sous la protection des lois d'un pays sans supporter les charges nationales. Le mal est réel ; il est si grand qu'on a créé un mot nouveau pour l'exprimer, mot emprunté à la langue allemande : l'*heimathlosat*. L'*heimathlos* est un homme sans patrie. Le cosmopolitisme d'une part, l'*heimathlosat* de l'autre, sont les deux fléaux de la fin du XIXe siècle. Les efforts du législateur ont tendu à y porter remède ; sous la pression des événements, on s'est mis à légiférer ; puis on s'est aperçu qu'on était allé trop loin et on a cru nécessaire de revenir en arrière. C'est ainsi que les lois sur la nationalité sont en transformation continuelle, non seulement en France, mais dans tous les pays de l'Europe.

A ce point de vue, qui est général, s'en joint un autre, spécial à la France. Ce dernier point de vue n'a pas été dissimulé lors de la discussion de la loi de 1889 ; c'est à lui que furent dues certaines exagérations sur lesquelles il a fallu revenir en 1893 ; peut-être aurait-il mieux valu, tout en y pensant, éviter d'en parler. Depuis longtemps le patriotisme s'alarme de voir diminuer la population, ou plus exactement, car il n'y a pas encore diminution, de voir s'affaiblir graduellement l'augmentation normale qui paraît nécessaire aux peu-

ples en progrès. Alors on a cru utile, dans l'intérêt de l'avenir, de rattacher à la nationalité française le plus d'éléments possibles, d'intégrer des étrangers dans la nationalité française pour faire des français, puisque le nombre n'en croît plus assez.

11. Sous l'influence de ces considérations diverses, la loi de 1889 s'est proposé 1° de réagir contre l'*heimathlosat*, — 2° d'élargir la sphère de la nationalité, — 3° d'inciter les étrangers fixés en France à la naturalisation en la leur facilitant, — 4° de fortifier le lien d'origine qui rattache les français à la nationalité française en diminuant les cas de perte de cette nationalité, les cas de dénationalisation.

Tel est le caractère général de la loi actuelle. Il faut reprendre maintenant les trois points indiqués : la nationalité d'origine, la nationalité d'acquisition, la perte de la qualité de français.

SECTION I. — De la nationalité d'origine.

12. C'est surtout à propos de la nationalité d'origine que la législation a varié, que des points de vue divers ont successivement prévalu. Après bien des oscillations, on tend manifestement aujourd'hui à revenir aux idées adoptées au début, quoique pour des motifs très différents.

Nous n'insisterons pas sur les lois intermédiaires entre le Code de 1804 et la loi actuelle ; cependant il est nécessaire, pour l'intelligence du droit actuel dans son dernier état, de tracer à grands traits leur évolution.

Trois systèmes ont été successivement suivis.

Pendant longtemps, on a regardé la qualité de français, la nationalité d'origine, comme résultant du seul fait de la naissance sur le sol français sans autre condition ; était français d'origine quiconque naissait sur le sol français, même de parents étrangers, étranger quiconque naissait sur le sol étranger, même de parents français. La nationalité d'origine se déterminait *jure soli*.

Plus tard, la qualité de français résulta des rapports de filiation ; elle fut regardée comme se transmettant avec le sang ; elle devint affaire de race. Est français quiconque naît de parents français, que ce soit d'ailleurs sur le sol français

ou à l'étranger; est étranger quiconque naît de parents étrangers, que ce soit à l'étranger ou en France. La nationalité d'origine se détermine *jure sanguinis*.

A l'heure actuelle, un système mixte a prévalu ; on fait la part des deux idées. Le *jus soli* et le *jus sanguinis* se combinent ; tous les deux, sous certaines distinctions, confèrent la nationalité d'origine.

13. De ces trois systèmes, le premier a dominé exclusivement en France jusqu'à la fin du XVIe siècle. Il s'était établi à l'époque féodale ; il était une conséquence naturelle des principes de la féodalité, qui rattachait la condition des personnes à celle de la terre : l'homme appartient au sol où il est né et suit la condition du sol. Les étrangers sont appelés *aubains* et beaucoup prétendent que cette dénomination vient de ce qu'ils sont *alibi nati*, nés ailleurs, hors de France[1]. L'origine de race n'est pas nécessaire pour être français et elle ne suffit pas ; l'enfant né de parents français à l'étranger est étranger, l'enfant né de parents étrangers en France est français. En d'autres termes, on est français *jure soli*[2].

Au XVIIIe siècle, ces principes avaient cessé d'être exclusifs. La naissance sur le sol français continue de suffire pour conférer la nationalité d'origine, mais elle n'est plus indispensable ; à côté de l'acquisition de la qualité de français *jure soli* se place la transmission de cette qualité par le sang, *jure sanguinis* : l'enfant né en France, fût-ce de parents étrangers, est toujours français, mais l'enfant né de parents français à l'étranger est également français. L'étranger n'est plus que celui qui est né 1° en pays étranger, 2° de parents étrangers. C'est le *jus soli* mitigé par la reconnaissance du *jus sanguinis* au profit des enfants nés de parents français à l'étranger[3].

Ce système, admis jusqu'au Code civil, a été consacré par les constitutions de la Révolution, depuis celle de 1791 jusqu'à celle de l'an VIII. Une dernière transformation s'opère alors. La réciprocité est devenue la règle des rapports internationaux ; la loi française doit respecter chez les autres

1. Sur le sens étymologique du mot *aubain*, Voy. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 365 et suiv.

2. Voy. Ch. Beudant, *De l'effet de la naissance en France sur la nationalité*, dans la *Revue critique*, juillet 1856.

3. Voy. Ch. Beudant, *loc. cit.*

peuples les facultés qu'elle s'adjuge. Par conséquent, dès que la France entend conserver comme nationaux les enfants nés à l'étranger de parents français, elle ne doit plus incorporer comme français les enfants d'étrangers qui naissent sur le sol français. L'idée de nationalité achève de se spiritualiser ; la nationalité d'origine ne résulte plus que des rapports de filiation, elle se transmet *jure sanguinis*. Est français quiconque naît de parents français, étranger quiconque naît de parents étrangers. Toutefois, dans le système du Code, si le fait de la naissance en France ne suffit plus à conférer la nationalité française, il facilite l'acquisition ultérieure de la qualité de français ; la naturalisation devient plus facile : c'est un cas de naturalisation de faveur.

14. Tel fut le système du Code civil. Mais une réaction ne tarda pas à se produire dans le sens d'un retour partiel au droit antérieur. De là sortit un système qui ne fut plus celui du *jus soli* comme jadis, ni celui du *jus sanguinis* comme d'après le Code civil, mais un système mixte. Il fut établi par diverses lois, qui allèrent accentuant de plus en plus le retour aux idées anciennes, retour que la loi du 26 juin 1889 a presque consommé. Ces lois, qui ont préparé le régime actuel, sont celles qu'abroge l'article 6 de la loi de 1889.

Voici sous l'influence de quels faits et de quelles considérations la réaction s'est produite et successivement accentuée contre le système du Code civil, pour aboutir enfin à la loi actuelle.

Ce fut sans doute une manière élevée de comprendre la nationalité que de voir seulement en elle l'effet de la communauté d'origine et de race. La règle du *jus soli*, appliquée exclusivement, a pu convenir aux époques d'habitudes très sédentaires ; le sol fait la condition des personnes. Lorsque les habitudes cosmopolites se sont développées avec les facilités chaque jour plus grandes de communications, on a été porté naturellement à dégager l'idée de nationalité : la nationalité devient affaire de race. La résidence n'y fait rien ; le français emporte avec lui et conserve intact, où qu'il soit, l'élément qui le rattache à sa patrie. C'est bien l'idée du *jus sanguinis*.

Mais l'expérience révéla promptement les inconvénients pratiques et les dangers du système au point de vue de l'unité nationale. Les enfants d'étrangers, quoique nés en

France, restent étrangers d'après le Code civil, à moins qu'ils ne se fassent naturaliser français. On vit alors se former, surtout dans les départements frontières, des groupes de familles à la nationalité mal définie. Un ménage étranger s'établit en France ; des enfants naissent ; peu soucieux de leur nationalité, ils ne se font pas naturaliser français. Quel va être leur état à la deuxième, à la troisième ou à la quatrième génération ? Ce n'est pas une hypothèse chimérique. Il y a des villes en France, surtout des villes manufacturières, où la population est composée en grande partie d'étrangers, par exemple la ville de Roubaix. Que vont devenir avec le temps ces familles à nationalité douteuse? Des pépinières pour l'*heimathlosat*.

C'est surtout à propos du service militaire que la difficulté se présenta en pratique. Quelle est, à ce point de vue, la position de ces étrangers, établis peut-être depuis longtemps en France ?

Les uns, se croyant sincèrement français, se laissent porter sur les rôles du recrutement ; ils supportent la charge du service militaire, puis, si leur véritable état vient à être connu, on leur applique subitement les règles spéciales applicables aux étrangers, règles dont quelques-unes peuvent être très graves pour eux. A ceux-là ne faut-il pas porter secours ?

D'autres, connaissant leur origine étrangère, se créent sans risque une possession d'état de français. Tant qu'ils n'ont qu'à recueillir le bénéfice de nos lois, ils se taisent et regardent venir les événements. Si le sort leur est favorable, ils consolident sans risque leur possession d'état de français et participent, désormais sans inquiétude, au bénéfice des lois françaises ; si le sort ne leur est pas favorable, ils excipent de leur extranéité, ce qui les soustrait au service militaire ; de sorte qu'ils résolvent le problème de vivre sous la protection des lois françaises sans participer aux charges du pays. Contre ceux-là, n'y a-t-il pas lieu d'aviser ?

A un autre point de vue, si on laisse se multiplier et grandir ces centres d'étrangers qui conservent le droit de se prévaloir à un moment donné de leur extranéité malgré un long séjour en France, l'unité nationale ne risque-t-elle pas, à la longue, d'être compromise ?

Sous l'empire de la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement

de l'armée, d'après laquelle le service militaire était obligatoire seulement pour une partie de la classe d'après les résultats du tirage au sort, l'inconvénient du système se manifesta sous une forme très précise. On vit les demandes en radiation pour extranéité après tirage (ce qui marquait suffisamment le calcul) s'élever à un chiffre considérable. Or cela causait aux français habitant le même canton un préjudice très apparent. Le contingent étant fixé pour chaque canton eu égard au nombre des jeunes gens inscrits sur les listes de recensement, les jeunes gens à nationalité incertaine s'y laissaient inscrire et augmentaient par là le chiffre du contingent cantonal. Venait le tirage ; si le sort les favorisait, ils se taisaient ; sinon, ils excipaient de leur extranéité ; comme cependant le chiffre du contingent devait être fourni, c'était un autre qui prenait leur place. Ils augmentaient ainsi la charge du canton, avec la certitude de n'en rien supporter. Alors tel français qui, par son numéro, eût échappé au service s'il n'avait été en concours qu'avec des français, y était soumis parce qu'il était en concours avec des étrangers tenus d'abord pour français. L'abus, dans quelques villes frontières, était arrivé à ce point que tous les français partaient, quand les étrangers restaient. On le savait si bien qu'on voyait des chefs d'atelier ou des pères de famille préférer les étrangers pour contremaîtres ou pour gendres, assurés qu'ils étaient de les conserver.

Depuis les lois nouvelles sur le recrutement de l'armée (lois du 27 juillet 1872 et du 15 juillet 1889), qui ont rendu le service militaire obligatoire pour tous, l'inconvénient a diminué, mais n'a pas disparu. En effet, si le service dans l'armée active est obligatoire pour tous, il ne l'est pas pour tous avec la même durée ; les uns forment ce qu'on appelle la première portion du contingent et servent pendant tout le temps qu'ils passent dans l'armée active : cinq ans d'après la loi de 1872, trois d'après celle de 1889 ; les autres forment la seconde portion et servent seulement pendant un an[1]. Le contingent cantonal fournit à la fois les hommes appelés au service intégral et ceux qui ne sont appelés que pour un an ; dès lors la présence d'individus inscrits sur les listes et qui se réservent d'exciper de leur extranéité après tirage,

(1) Voy. l'article 40 de la loi de 1872 et l'article 39 de la loi de 1889.

s'ils sont exposés à servir trois ans, peut grossir pour les français le chiffre de la première portion du contingent. Tel qui n'eût été appelé que pour un an, d'après son numéro, s'il eût tiré avec des français seulement, le sera pour trois ans parce qu'il tire avec des étrangers avisés, sachant se servir de leur qualité d'étrangers.

C'était là une situation dont il fallait se préoccuper. De là les diverses lois, aujourd'hui abrogées, qui d'année en année ont réagi contre le système du Code civil en rendant progressivement au *jus soli* son importance ; de là finalement l'article 8 du Code, tel que l'a rédigé la loi du 26 juin 1889, laquelle est allée plus loin qu'aucune des lois précédentes. Elle consacre presque complètement le retour au droit antérieur à 1804, au *jus soli* mitigé par la reconnaissance du *jus sanguinis* en ce qui concerne les enfants de français nés à l'étranger. Il est certes curieux que la facilité, que la fréquence des communications internationales et les dangers qui en résultent aient ramené peu à peu la pratique au régime qui s'était implanté d'abord comme le corollaire de l'immobilisation féodale, c'est-à-dire au *jus soli*. Il y a là un cas d'évolution législative très remarquable.

15. Arrivons donc à cet article 8 du Code dans son texte actuel. Il déclare français, et il faut entendre par là français d'origine, quatre catégories de personnes. Les individus qui rentrent dans ces catégories *sont français*, dit le texte, c'est-à-dire le sont sans avoir besoin de le devenir, par conséquent de naissance. Etudions successivement ces quatre catégories.

I. *L'individu né de parents français en France ou à l'étranger.*

16. Il est français *jure sanguinis*[1]. C'est la pratique admise depuis le XVIII[e] siècle. La loi de 1889 reproduit cette règle

1. Art. 8 du Code civil (rédaction de 1889), alinéa 1 du 1° de la seconde partie. C'est un mode de citation bien compliqué et l'inconvénient de la longueur des articles apparaît ici d'une manière éclatante. L'article 8 de 1804 était ainsi conçu : « Tout français jouira des droits civils.» Cette phrase a été conservée dans le texte de 1889, dont elle forme la première partie ; puis le législateur l'a fait suivre d'une longue série de dispositions nouvelles, dont l'ensemble forme ce qu'on peut appeler la seconde partie de l'article 8 actuel.

ancienne et en prend occasion pour résoudre quelques questions de détail controversées auparavant. Par malheur elle en a laissé d'autres non résolues. Voici quelles sont les hypothèses possibles.

1° — S'il s'agit d'enfants légitimes, c'est-à-dire issus de parents mariés, les père et mère ont le plus souvent la même nationalité, par suite de la double disposition des articles 12 et 19 du Code civil ; le plus souvent ils ont cette nationalité commune aux deux époques de la conception et de la naissance de l'enfant. La détermination de la nationalité de l'enfant *jure sanguinis* ne présente alors aucune difficulté.

L'inverse peut arriver cependant. Au cours du mariage, un des époux change de nationalité et non l'autre : le père est français, la mère est devenue étrangère. Quelle est alors la nationalité de l'enfant ? A défaut de règle formelle, c'est une règle traditionnelle qu'on doit donner la préférence à la nationalité du père. Il est le chef de la famille ; c'est lui qui a la garde de l'enfant, qui lui donne son nom, gère son patrimoine s'il en a un. Donc l'enfant légitime suit la condition de son père quant à la nationalité [1].

L'hypothèse devient plus délicate si on suppose que le père, dont l'enfant légitime suit ainsi la nationalité, a changé de nationalité pendant la grossesse de la mère, dans l'intervalle qui s'écoule entre la conception et la naissance. Etant donné que l'enfant légitime, dans le cas où les deux époux n'ont pas la même nationalité, suit la condition du père, à quel moment doit-on considérer la nationalité du père pour déterminer celle de l'enfant ? Est-ce au moment de la conception ou au moment de la naissance? Les textes sont muets à cet égard. Il paraît naturel, quand la nationalité procède du père, de se référer à l'époque de la conception, car l'enfant ne se rattache à lui que par la conception. C'est en effet l'opinion le plus généralement admise [2]. Cependant l'opinion contraire a été consacrée par la Cour de cassation belge [3], qui s'appuie

1. C'est la solution qui a été admise dans la discussion du Code. Voy. Aubry et Rau, I, p. 231 et 232.

2. Voy. les autorités citées par M. Weiss dans l'*Annuaire de législation française*, publié par la *Société de législation comparée*, 9e année (1890), p. 122, note 1.

3. Cass. belge 18 avril 1887, D. P. 1888. II. 9, Sir. 1888. IV. 25.

pour la soutenir sur la lettre de la loi. Le texte, en effet, déclare français d'origine l'individu *né de parents français*, ce qui suppose que les parents sont français lors de la naissance. L'argument est bien pauvre et tombe quand on observe que *né* veut dire *issu*.

Enfin l'hypothèse est plus délicate encore si l'on suppose, toujours dans le cas où les deux époux n'ont pas la même nationalité, que le père meurt pendant la grossesse. L'enfant posthume aura-t-il la nationalité qu'avait le père à sa mort, ou bien, attendu que le père n'est plus, prendra-t-il la nationalité qu'a la mère au moment de la naissance ? C'est encore une question controversée. Il semble naturel, même dans ce cas, que le père transmette sa nationalité à l'enfant et qu'il transmette celle qu'il avait lors de la conception ; c'est strictement logique si on admet que, par rapport au père, c'est la conception qui communique la nationalité [1].

2° — S'il s'agit d'enfants naturels, c'est-à-dire nés hors mariage, l'application de l'article 8 donne lieu à des difficultés spéciales. Elles s'étaient présentées sous l'empire du Code civil et avaient donné lieu à controverse ; la loi de 1889 les a résolues. Dans ce cas, on peut supposer plus aisément que le père et la mère n'ont pas la même nationalité, car les articles 12 et 19 ne sont pas applicables. De plus, il faut prévoir le cas où l'enfant est reconnu par l'un de ses auteurs sans l'être par l'autre et le cas où, ayant été reconnu par un de ses auteurs, il l'est ultérieurement par l'autre. Enfin il faut prévoir le cas où l'enfant n'est reconnu ni par l'un ni par l'autre de ses auteurs.

Comment, dans ces divers cas, est établie la nationalité de l'enfant ? L'article 8 s'exprime ainsi dans le second alinéa du 1° de la seconde partie : « L'enfant naturel dont la « filiation est établie pendant la minorité, par reconnais- « sance ou par jugement, suit la nationalité de celui des pa- « rents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Si elle « résulte pour le père ou la mère du même acte ou du même « jugement, l'enfant suivra la nationalité du père. » Ce texte prévoit trois hypothèses.

a) L'enfant naturel ne suit la nationalité de ses parents que s'il a été reconnu pendant sa minorité. Si la reconnais-

1. Voy. Weiss, *loc. cit.*

sance intervient après la majorité, l'enfant garde, malgré la reconnaissance, la nationalité qui lui a été attribuée par sa naissance. Or s'il est né de père et mère inconnus ou qui ne se sont pas fait connaître, l'enfant né en France est français. Donc il le reste.

En restreignant ainsi, quant à la nationalité de l'enfant naturel, les effets de la reconnaissance, on cherche à atteindre deux résultats. On veut d'abord inciter les parents à ne pas ajourner la reconnaissance, ce qui est de leur part l'oubli d'un devoir et cause un préjudice à l'enfant. On veut ensuite ne pas exposer l'enfant naturel à changer de nationalité par l'effet d'une reconnaissance tardive. Il ne faut pas que la nationalité soit ainsi ballottée par le fait de parents qui, en définitive, ne sont pas dignes d'une grande considération, puisqu'ils ont tant tardé à se faire connaître.

Donc, né en France de parents inconnus, l'enfant naturel reste français, quand même il est ensuite reconnu par des parents étrangers, si c'est après sa majorité. Il ne change de nationalité que s'il est reconnu pendant sa minorité. C'est là une disposition nouvelle.

b) L'enfant naturel est reconnu pendant sa minorité et il l'est par ses deux auteurs à la fois ; les deux reconnaissances sont concomitantes et faites par le même acte, qui peut être, suivant les cas et sans qu'il y ait à distinguer, un acte de reconnaissance volontaire ou un jugement sur une action en réclamation d'état. Si les deux auteurs ont la même nationalité, aucune difficulté ; sinon l'enfant suit la nationalité du père. La fin du texte le décide.

C'était une question discutée, sous l'empire du Code civil, de savoir quelle était la nationalité de l'enfant reconnu par son père et par sa mère, dans le cas où ceux-ci avaient une nationalité différente. Malgré des doutes, il était communément admis que l'enfant suivait la nationalité du père [1]. C'est la solution qu'a consacrée la loi de 1889 dans le cas où les deux filiations sont constatées par le même acte et cela rend à peu près certain qu'il doit en être de même pour les enfants légitimes dont les père et mère n'ont pas la même nationalité.

c) L'enfant est reconnu pendant sa minorité par un de ses auteurs sans l'être par l'autre, puis il l'est par cet autre.

1. Metz, 8 août 1855, D. P. 1857. II. 34, Sir. 1857. II. 35.

Alors il prend la nationalité de celui des auteurs qui l'a reconnu le premier et il la garde quand même il est ensuite reconnu par l'autre, à supposer que celui-ci ait une nationalité différente, même si c'est le père. La règle s'explique par une considération déjà produite tout à l'heure : il ne faut pas que la nationalité de l'enfant soit ballottée et, quand il a acquis une nationalité par la reconnaissance d'un de ses auteurs, qu'il la perde pour en prendre une autre s'il est ensuite reconnu par le second auteur.

C'était encore une question discutée avant 1889. On s'accordait généralement[1] à donner à l'enfant naturel la nationalité de son père, non seulement en cas de reconnaissances concomitantes, mais aussi en cas de reconnaissances séparées ; de sorte que, si c'était la mère qui avait d'abord reconnu l'enfant, la reconnaissance ultérieure du père changeait sa nationalité, à supposer que la nationalité du père fût différente de celle de la mère[2]. La loi de 1889 a modifié cela ; la disposition est sage et protectrice des droits de l'enfant.

II. *L'individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est incertaine.*

17. C'est un enfant trouvé ; les enfants trouvés sont français *jure soli* (article 8, rédaction de 1889, 2e partie, 2°) et il ne faut pas oublier qu'ils le restent, même s'ils sont reconnus plus tard, à moins que ce ne soit pendant leur minorité. La loi de 1889 n'a encore fait ici que confirmer le droit antérieur, du moins ce qui était le plus communément admis[3]. Force est bien, dans ce cas, de régler la nationalité *jure soli*, puisque sans cela l'enfant n'aurait pas de nationalité.

Pour les enfants adultérins ou incestueux, c'est la règle unique, puisque les articles 335 et 342 prohibent toute reconnaissance volontaire ou judiciaire de ces enfants. Dans les cas spéciaux où leur filiation se trouve régulièrement établie, leur nationalité se règle comme celle des enfants naturels simples[4].

1. Cass. belge 8 mars 1880 (*Le Droit*, 8 septembre 1880).
2. Weiss, *loc. cit.*, p. 123, note 1.
3. Weiss, *loc. cit.*, p. 124, note 1, — Cass. belge 24 juin 1880, D.P. 1880. II. 299.
4. Weiss, *eod. loc.*

III. *L'individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né.*

18. La qualité de français lui est reconnue par l'article 8 (rédaction de 1889) dans le 3° de la seconde partie et ce texte est de ceux qu'a modifiés la loi de 1893. L'individu dont il s'agit est français *jure soli*.

Sous l'empire du Code civil, le fait de la naissance en France facilitait l'acquisition de la nationalité française ; il suffisait d'une déclaration faite dans les formes et conditions prescrites par l'article 9. L'individu né en France d'un étranger était considéré, disait-on, comme un français commencé ; l'accès de la nationalité française dépendait de lui. Plus tard, prévoyant le cas de deux naissances successives en France dans la même descendance, la loi du 7 février 1851 déclara l'enfant français, mais en lui réservant le droit de réclamer sa nationalité. D'où, en cas de réclamation, l'incertitude pouvait durer indéfiniment et on sait les inconvénients que présente une pareille incertitude, notamment au point de vue militaire, en ce qui concerne la formation des contingents cantonaux.

Dès 1867, ces inconvénients furent mis en lumière, tant au Sénat qu'au Corps législatif; une commission fut nommée pour préparer une loi nouvelle [1]. En 1868, lors de la délibération sur la loi d'appel du contingent de 1869, un amendement fut déposé au Corps législatif, portant que « les enfants nés en « France de parents qui eux-mêmes y sont nés sont de droit « soumis à la loi du recrutement ». C'était supprimer la possibilité d'une déclaration d'extranéité; l'amendement ne fut pas admis. Depuis lors, l'idée a été reprise maintes fois et toujours repoussée pour la même raison. Le régime imposé aux étrangers demeurant en France, disait-on, sera imposé de même aux français demeurant à l'étranger et, sous prétexte de maintenir l'unité nationale, on compromettra les français qui sont hors de France ; les questions de législation sont complexes et il faut prendre garde de les toucher d'une main téméraire.

L'objection n'a pas paru décisive au législateur de 1889. La loi nouvelle considère comme français, sans déclaration possible d'extranéité, l'enfant né en France de parents qui

1. *Moniteur* du 17 juillet.

eux-mêmes y sont nés (art. 8, 2e partie, 3°). Il est français et le reste définitivement ; il jouit des avantages qui sont attachés à ce titre et supporte les charges qui y sont inhérentes, sans option possible, de sorte que l'incertitude quant à la nationalité ne peut durer que le temps nécessaire à la succession de deux générations. Deux naissances consécutives en France dans la même descéndance font ce qu'une seule faisait jadis. Le plus souvent, cette succession de naissances en France est le résultat d'un établissement prolongé ; elle peut s'expliquer aussi par la répétition fréquente de courts séjours en France, ou même ne tenir qu'à des circonstances purement fortuites ; peu importe et la solution n'en est pas moins la même : en deux générations, l'assimilation est complète.

19. Deux difficultés se sont élevées sur la partie du nouvel article 8 qui contient cette règle.

1° — La première a amené la loi de 1893. L'article 8 (rédaction de 1889), 2e partie, 3° est ainsi conçu : « Est français « tout individu né en France d'un étranger qui lui-même « y est né. » Il se peut (c'est ce qui arrive quand la succession de deux naissances en France a coïncidé avec un établissement prolongé) que le père et la mère soient l'un et l'autre nés en France ; l'enfant naît en France d'un père et d'une mère qui eux-mêmes y sont nés. Alors le texte de 1889 suffit : l'enfant est français sans possibilité de réclamation ultérieure. Il se peut encore que le père seul soit né en France, la mère étant née à l'étranger ; l'enfant naît en France d'un père qui lui-même y est né et d'une mère née à l'étranger. Alors encore le texte de 1889 suffit : l'enfant est français sans possibilité de réclamation ultérieure. Enfin une troisième situation peut se présenter. La mère seule est née en France, le père est né à l'étranger ; l'enfant naît en France d'une mère née elle-même en France et d'un père né à l'étranger. Le texte de 1889 commande-t-il alors de décider que l'enfant est français ?

On en douta d'abord. Le texte dit en effet « tout individu né d'*un étranger* », ce qui strictement vise, peut-on dire, le père et non la mère. La question pouvait bien se poser sous l'empire de la loi du 7 février 1851, mais avec une importance moindre, car cette loi réservait en tous cas à l'enfant le droit de protester, de réclamer sa nationalité étrangère. A l'heure

actuelle, si on le déclare français, il va l'être sans réclamation possible. Cela se conçoit quand il est né d'un père né lui-même en France ; mais faut-il admettre la même solution quand il est né seulement d'une mère née en France, son père étant né à l'étranger ? On l'a contesté d'abord ; on a nié que la mère pût avoir à elle seule cette influence sur la nationalité de l'enfant. Mais la Cour de cassation a condamné cette interprétation[1]. La Cour fait observer qu'il est de tradition dans l'interprétation des textes que le masculin comprend le féminin ; c'est ainsi par exemple que l'article 8 (1re partie) vise aussi bien les femmes que les hommes quand il dit : *Tout français jouira des droits civils* ; la même interprétation doit être donnée au texte qui nous occupe : *né d'un étranger* doit s'entendre d'une étrangère aussi bien que d'un étranger.

Mais alors on se heurta à une difficulté diplomatique. Plusieurs nations réclamèrent, alléguant qu'il n'est pas conforme aux principes de donner à la mère une telle influence sur la nationalité de l'enfant, que cela n'est admis nulle part, que la loi française fait ainsi des français malgré eux. Le Gouvernement, embarrassé entre la jurisprudence de la Cour de cassation et les réclamations diplomatiques, s'est décidé à demander aux Chambres de modifier le texte de 1889. L'enfant est-il né en France d'un père et d'une mère nés tous deux en France, rien de changé. Est-il né en France d'un père né lui-même en France, rien encore n'est changé. Est-il né en France d'une mère née en France, le père étant né à l'étranger, l'enfant est bien français, mais on lui restitue le droit de réclamer sa qualité d'étranger, droit qu'il avait auparavant sous l'empire de la loi de 1851.

C'est ce que décide l'article 1 de la loi du 22 juillet 1893, qui modifie le 3° de la seconde partie de l'article 8 (rédaction de 1889) : « Est français, dit le nouveau texte, tout individu « né en France de parents étrangers dont l'un y est lui-même « né, sauf la faculté pour lui, si c'est la mère qui est née en « France, de décliner dans l'année qui suivra sa majorité la « qualité de français en se conformant aux dispositions du « paragraphe 4 ci-après. » Faisant application de la même distinction aux enfants naturels, le texte ajoute : « L'enfant « naturel pourra, aux mêmes conditions que l'enfant légi-

1. Cass. 7 décembre 1891, D. P. 1892. I. 87, Sir. 1892. I. 81 (note de M. Pillet).

« time, décliner la qualité de français quand le parent qui est « né en France n'est pas celui dont il devait, aux termes du « paragraphe 1 (alinéa 2), suivre la nationalité [1]. »

2° — Autre difficulté. Le texte de 1889 suppose que l'enfant est né en France de parents qui eux-mêmes y sont nés. Que faut-il entendre par ces mots : *nés en France*? Notamment faut-il regarder comme né en France celui qui est né dans un pays faisant partie de la France lors de sa naissance, mais démembré depuis ? On pressent l'intérêt de la question pour les personnes nées dans les provinces qui ont été séparées de la France soit en 1814, soit en 1871. Elle a donné lieu à de nombreux débats ; la jurisprudence est formelle et considère les parents comme nés en France par cela seul que le pays où ils sont nés faisait partie de la France au moment de leur naissance, eût-il cessé d'en faire partie depuis lors [2].

IV. *L'individu né en France de parents étrangers s'il y est domicilié à l'époque de sa majorité.*

20. L'article 8 (rédaction de 1889) s'exprime ainsi dans le 4° de la seconde partie : « Est français tout individu né en France « d'un étranger et qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié « en France, à moins que, dans l'année qui suit sa majorité, « telle qu'elle est réglée par la loi française, il n'ait décliné la « qualité de français et prouvé qu'il a conservé la nationalité « de ses parents par une attestation en due forme de son gou- « vernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration, « et qu'il n'ait en outre produit, s'il y a lieu, un certificat « constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux con- « formément à la loi militaire de son pays, sauf les excep- « tions prévues aux traités. »

L'individu né en France de parents étrangers qui y est domicilié à l'époque de sa majorité est français *jure soli*. Le seul fait de la naissance en France ne suffit pas à conférer la nationalité française ; mais s'il s'y ajoute cette circonstance que l'individu, né en France, y est domicilié à l'époque de sa

1. Sur la loi du 22 juillet 1893, voy. la notice et les notes de M. Weiss dans l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, 13e année (1894), p. 186 et suiv.

2. Cass. 7 décembre 1883, D. P. 1884. I. 209, — Cass. 25 février 1890, D. P. 1890. I. 322, — Cass. 22 avril 1890, D. P. 1892. I. 56.

majorité, l'individu est français. Probablement, puisqu'il est né en France et qu'il y est domicilié à sa majorité, il y aura séjourné dans l'intervalle ; on voit dans cet ensemble de faits la marque d'une assimilation acquise, la preuve qu'on est en présence d'un individu ayant des sentiments français : on le déclare français d'origine [1].

Toutefois, il n'est pas français d'une façon aussi stable que l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né. Le législateur de 1889 lui laisse la faculté de décliner la nationalité française sous certaines conditions. Le règlement d'administration publique du 13 août 1889 indique dans son article 6 la forme de cette déclaration d'option ; il suffit de relever qu'elle est reçue par le juge de paix du canton de la résidence. Elle est facultative et subordonnée seulement à trois conditions qu'indique la partie citée de l'article 8. On exige d'abord, par crainte de l'*heimathlosat*, que le déclarant ait conservé une nationalité autre que la nationalité française et qu'il en justifie dans les formes prescrites ; on exige en outre qu'il justifie avoir satisfait à la loi militaire de son pays et enfin qu'il fasse sa déclaration dans le délai fixé. Les trois conditions étant remplies, le déclarant est étranger.

21. C'est peut-être la disposition la plus caractéristique de la loi de 1889. Elle a gravement innové eu égard au droit antérieur. Sous l'empire du Code civil, l'enfant né en France de parents étrangers était étranger ; on lui facilitait seulement la naturalisation : il devenait français par une simple déclaration (art. 9). Plus tard, la loi de 1851 alla plus loin ; elle déclara français d'origine les enfants d'étrangers établis en France au bout de deux générations, mais sauf réclamation de leur part à leur majorité. La loi de 1889 les déclare définitivement français en leur enlevant le droit d'option. Quant à ceux qui sont nés en France et qui de plus y sont domiciliés à leur majorité, la loi de 1889 leur fait la situation que la loi de 1851 faisait aux individus nés en France de parents qui eux-mêmes y étaient nés : ils sont français sauf réclamation de leur part.

L'innovation est grave tant au point de vue diplomatique qu'au point de vue national.

1. L'individu né en France d'un étranger n'est pas français s'il n'est pas domicilié en France au moment de sa majorité, mais nous verrons que la naturalisation lui est facilitée ; c'est un cas de naturalisation de faveur.

a) Au point de vue diplomatique d'abord. En effet n'est-ce pas aller bien vite que d'assimiler des étrangers par cela seul qu'ils sont nés sur le sol français ? L'assimilation se comprend s'ils ont séjourné en France dans l'intervalle entre leur naissance et leur majorité, mais peut paraître inadmissible dans le cas contraire, si par exemple la mère a ramené l'enfant dans son pays après sa naissance. Les pays auxquels se rattachent ces individus assimilés par la France ne vont-ils pas protester en leur nom ? Et, si les lois étrangères prennent modèle sur la loi française, la France ne perdra-t-elle pas autant de nationaux qu'elle en gagnera ? En tous cas, n'est-ce pas ouvrir la porte aux réclamations ? Quand fut faite la loi de 1851, ces réclamations se produisirent très énergiquement. Plusieurs gouvernements étrangers se sont plaints qu'on faisait leurs nationaux français malgré eux. Les mêmes protestations ne pouvaient manquer d'accueillir la loi de 1889.

La question, à ce point de vue, reste pendante sur le terrain diplomatique. Dans la transformation qui s'opère partout sur ces questions, les réclamations ne paraissent pas être bien vives. La réserve du droit de réclamer la nationalité étrangère couvre d'ailleurs la France dans une certaine mesure ; il n'y a que ceux qui le veulent qui sont atteints par la loi, puisque le droit de réclamer est ouvert à tous.

b) Au point de vue national, l'innovation signalée n'offre-t-elle pas un danger, celui d'ouvrir trop grande aux étrangers la porte de la nationalité française ? Le danger serait mince s'il fallait, pour bénéficier de la disposition nouvelle, avoir été domicilié en France dans l'intervalle entre la naissance et la majorité ; mais la loi ne l'exige pas. Qu'un homme et une femme s'établissent en France et y aient des enfants, ceux-ci seront français de naissance pourvu qu'ils soient domiciliés en France au moment de leur majorité. N'est-ce pas aller bien vite en besogne ? Si on est en présence d'aventuriers, le gouvernement va se trouver dans l'alternative de les expulser ou de leur laisser libre l'accès de la nationalité française. Aussi le législateur de 1889 n'a pas adopté sans hésitations la règle dont il s'agit, mais il a cédé à la double préoccupation qui explique la loi de 1889 : d'abord la crainte de l'*heimathlosat*, le désir de ne pas laisser se prolonger l'incertitude de nationalité dans la descendance d'étrangers ve-

nus en France, puis la propension à assimiler les étrangers au nom de l'intérêt de la population.

Ce qu'il y a peut-être de plus fâcheux, c'est qu'à ce double point de vue, qui était celui du législateur, la règle nouvelle n'a remédié à rien. Le législateur a voulu, au nom de l'unité nationale, limiter l'augmentation du nombre des étrangers qui se mêlent à nous, dont l'origine n'apparaît pas et qui cependant restent toujours prêts à rallier leur drapeau. Mais, quelque long que soit leur séjour en France, ne pourront-ils pas maintenir leur situation provisoire au moyen des déclarations successives d'extranéité que la loi leur réserve et qu'elle ne pouvait pas ne pas leur réserver? Le législateur a voulu, en outre, atteindre ceux qui cherchent le moyen de vivre sous le bénéfice des lois françaises sans en supporter les charges, notamment le service militaire. Mais le calcul à cet égard reste possible comme par le passé. Ces individus à la nationalité indécise courront les chances du tirage au sort, se réservant de ne rien dire si le sort les favorise et d'exciper de leur extranéité dans le cas contraire. L'inconvénient signalé subsiste tout entier.

Quoi qu'il en soit, la question reste ouverte en législation. Jusqu'à nouvel ordre elle est résolue en droit et on verra les conséquences qui pourront se produire. Rien à cet égard n'a été changé par la loi du 21 juillet 1893.

22. Telles sont les règles relatives à la nationalité d'origine. Il est aisé de voir combien grand a été le recul depuis le système du Code civil, quelle large place est faite de nos jours au *jus soli*; à peu de chose près, la loi de 1889 en est revenue au système qui était en vigueur avant 1804.

23. Un aspect du sujet a été laissé en dehors des prévisions du texte, c'est la question de preuve. Comment, en cas de doute ou de contestation, la nationalité d'origine peut-elle être établie? A cet égard, deux cas sont à distinguer.

Lorsque la nationalité est acquise *jure soli*, c'est-à-dire dans les trois derniers des quatre cas cités, la preuve est facile à fournir. Elle résulte d'un fait matériel, de la naissance en France et il suffit, pour qu'elle soit faite, de produire l'acte de naissance, qui mentionne la naissance en France.

Lorsque la nationalité est acquise *jure sanguinis*, c'est-à-dire dans l'hypothèse prévue par le 1° de la seconde partie de

l'article 8, celui qui veut prouver sa qualité de français doit établir que son père était français ; pour prouver la nationalité du père, il faut établir celle du grand-père et ainsi de suite. La preuve est parfois difficile ; il y a une filière à remonter.

Toutefois, le doute, à l'heure présente, ne peut pas encore remonter bien haut, puisque, jusqu'en 1804, le fait de la naissance en France a suffi pour rendre français, sans qu'il y eût à s'occuper de la nationalité des parents. D'où, pour établir qu'on est français, il suffit de prouver la naissance d'un de ses ascendants en France avant 1804. Pour l'avenir, la difficulté est singulièrement atténuée, puisque la loi de 1889 rend au *jus soli* une grande partie de son ancienne importance à cet égard ; la naissance en France confère la nationalité française au bout de deux générations toujours et quelquefois au bout d'une seule, quand la condition relative au domicile est remplie. Le doute, par conséquent, n'ira jamais bien loin. C'est un des bons effets incontestables de la loi de 1889.

Si le fait d'une naissance en France ne peut être établi, la preuve de la nationalité française devient difficile à fournir, en cas de doute et de contestation. On admet généralement que, à défaut de titre, la preuve par possession d'état suffit. On a la possession d'état de français quand on passe pour tel, quand on se conduit comme tel, en se soumettant aux charges qui résultent de cet état. La preuve par possession d'état suffit, à moins d'une preuve contraire d'extranéité; la possession d'état constitue une présomption, qui tient tant qu'elle n'est pas détruite par une preuve contraire. Cela a été maintes fois jugé à propos de l'inscription sur les listes électorales. Tout individu né en France est présumé français jusqu'à preuve contraire ; on ne peut pas lui refuser l'inscription sous prétexte qu'il ne justifie pas de sa nationalité [1].

Ce n'est là qu'un palliatif aux difficultés de preuve ; il a toutefois son importance et suffira la plupart du temps à écarter les embarras. Heureusement, ces difficultés se présentent de moins en moins. Si le système du Code civil était resté en vigueur, à mesure qu'on se serait éloigné du temps où

1. Dalloz, *Table des dix années* (1867-1877), V° *Droits politiques*, n° 2, — Cass. 24 mars 1886, D. P. 1886. I. 459, — Trib. de Mont-de-Marsan 29 mars 1889 (Journal *Le Droit*, 15 avril 1889), — Trib. de Nice 6 janvier 1893 (*Le Droit*, 30 janvier 1893).

la nationalité s'acquérait *jure soli*, les difficultés se seraient multipliées. Mais la réaction a commencé dès 1851 ; sous l'application de la loi de 1889, s'il peut y avoir des hésitations, elles ne dureront jamais bien longtemps.

SECTION II. — **De la nationalité d'acquisition.**

24. Ceux qui ne sont pas français d'origine peuvent acquérir la qualité de français par la naturalisation. Dans son sens le plus général, la naturalisation est l'admission d'un étranger au nombre des nationaux. De même que, dans la famille, les enfants peuvent être naturels ou adoptifs, de même, dans un Etat, les nationaux peuvent être naturels ou naturalisés. La distinction apparaît dans l'article 8 remanié par la loi de 1889. Sont français, dit ce texte, d'abord les quatre catégories de personnes qui ont la nationalité d'origine, puis, en cinquième lieu, les étrangers naturalisés.

Ainsi envisagée, la naturalisation est forcément un fait d'exception. Dans des limites étroites, elle peut être avantageuse au pays qui l'accorde. Il est rare en effet que les hommes s'expatrient, brisent les liens qui les attachaient à leur pays d'origine, sans le faire dans le but d'améliorer leur condition ; or ce but ne peut être atteint qu'au moyen des connaissances, des talents, de l'activité qu'ils apportent dans le pays qui les accueille et dont celui-ci profite. Toutefois, il ne faut pas en abuser, car les hommes qui se trouvent mal chez eux et songent à s'expatrier sont, en général, ceux dont un pays a le plus de raisons de se plaindre. D'où la nécessité de réglementer les conditions de la naturalisation, afin qu'elle ne soit accordée qu'à bon escient.

Quelles sont ces conditions ? Encore un sujet qui a subi, depuis le Code civil, de fréquentes transformations. Jusqu'à la loi actuelle de 1889, les règles concernant la naturalisation sont restées en dehors du Code civil. En 1804, lors de la confection du Code, elles étaient dans la Constitution de l'an VIII (articles 2 et suivants) ; le Code n'avait donc pas à s'en occuper. Depuis et jusqu'à la loi de 1889, elles ont fait l'objet de plusieurs actes successifs laissés en dehors du Code. D'abord deux actes du premier Empire : le sénatus-consulte du 19 février 1808 et le décret du 17 mars 1809. Puis une

ordonnance de la Restauration, en date du 4 juin 1814 ; elle créa la grande naturalisation, abolie plus tard, puis relevée au moins en partie par la loi de 1889. Ensuite la loi du 3 décembre 1849 « sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France », dont quelques dispositions sont encore en vigueur. Plus tard encore, sous le second Empire, le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 sur la naturalisation en Algérie et la loi du 29 juin 1867. Enfin la loi plus récente du 28 juin 1883.

Toutes ces lois n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt historique. Elles ont été abrogées par l'article 6 de la loi du 26 juin 1889, laquelle a fait rentrer pour la première fois dans le Code civil les règles de la naturalisation. Ces règles sont pour la plupart dans cet article 8 où le législateur de 1889 a accumulé tant de choses. Après avoir énuméré les quatre catégories de personnes qui sont françaises de naissance, l'article ajoute : « sont français : 5° les étrangers naturalisés » ; alors recommence une énumération de quatre catégories de personnes qui peuvent être naturalisées. C'est là que sont les règles principales de la naturalisation, mais elles n'y sont pas toutes.

Si on compare sur ce sujet la loi de 1889 aux lois précédentes, le caractère en apparaît très net; elle a voulu faciliter la naturalisation en supprimant plusieurs des conditions auxquelles elle était auparavant subordonnée, en les atténuant au moins. De même qu'elle a étendu les cas de nationalité d'origine en restituant au *jus soli* une grande partie de son importance ancienne, de même elle a facilité l'acquisition de la nationalité par la naturalisation[1]. La préoccupation est toujours la même : faire la guerre aux gens sans patrie ; pour arrêter leur multiplication, on les déclare français d'office (nationalité d'origine), ou bien on se montre moins rigoureux quant aux conditions de la naturalisation.

25. Dans l'état actuel du droit, qui en cela, du reste, est demeuré conforme au droit antérieur, on distingue trois sortes de naturalisations, qui se sont peu à peu dégagées, précisées et constituées depuis 1804. Les qualifications usitées pour les distinguer sont longtemps demeurées incertaines ; elles

1. Les lois antérieures, de 1804 à 1883, notamment celles de 1867 et de 1883, avaient marqué déjà un progrès en ce sens.

ont commencé de se fixer avec la loi de 1889, sans être encore bien arrêtées.

1° La naturalisation ordinaire. Avant la loi de 1889, on l'appelait quelquefois naturalisation de droit commun et elle était ainsi bien nommée, quoique cette dénomination n'ait de sens que par antithèse. La loi de 1889 lui donne formellement le nom de naturalisation ordinaire, qui devient dès lors légal (article 5). On l'appelle aussi naturalisation par décret, à cause de la règle inscrite dans le dernier alinéa de l'article 8 du Code civil (rédaction de 1889) : « Il est statué « par décret sur la demande de naturalisation. » Mais c'est à tort qu'on l'appelle ainsi, car ce n'est pas la seule qui nécessite un décret.

2° La naturalisation de faveur. C'est le nom que lui donne formellement la loi de 1889, dans le même article 5. Avant la loi de 1889, on l'appelait plutôt naturalisation privilégiée, en ce sens qu'elle est soustraite à quelques-unes des règles de la naturalisation ordinaire, qui forment le droit commun. On l'appelait aussi naturalisation par l'effet de la loi ou par bienfait de la loi. Désormais il faut la nommer naturalisation de faveur, puisque la loi de 1889 lui donne ce nom. Nous verrons bientôt dans quelle mesure la qualification est exacte, dans quelle mesure elle ne l'est pas.

3° La naturalisation par réintégration. Ici la qualification est absolument exacte, en même temps qu'expressive ; c'est la naturalisation par laquelle un ex-français recouvre la nationalité française qu'il a perdue. Elle suppose un décret, comme la naturalisation ordinaire, et c'est pour cela qu'on a tort d'appeler celle-ci naturalisation par décret, car on lui donne ainsi, pour la distinguer, une qualification tirée d'un élément qui lui est commun avec une autre, ce qui n'est pas logique.

26. Ces trois sortes de naturalisations diffèrent entre elles par leur caractère général, par les conditions auxquelles elles sont subordonnées, enfin par leurs effets. Reprenons ces trois points de vue.

D'abord leur caractère distinctif. La naturalisation ordinaire forme le droit commun pour l'étranger, en ce sens qu'elle est celle à laquelle il faut recourir toutes les fois qu'on n'est pas dans un des cas exceptionnels qui autorisent l'une des deux autres. C'est un acte du pouvoir gracieux, une fa-

veur, une concession octroyée après examen des titres et selon les circonstances. Il ne suffit pas que celui qui la sollicite remplisse les conditions exigées par la loi ; il faut, en outre, que l'autorité compétente, après appréciation des titres, estime convenable, opportun de l'accorder. En un mot elle est une faveur ; elle peut être sollicitée et obtenue, jamais exigée ; elle est un acte souverain et discrétionnaire de la puissance publique. C'est ce qu'indique suffisamment l'alinéa final de l'article 8 (rédaction de 1889) : « Il est statué par dé-« cret sur la demande de naturalisation, après une enquête « sur la moralité de l'étranger. »

Tout autre est la naturalisation de faveur, ou privilégiée, qu'on appelait dans le vieux style naturalisation par le bienfait de la loi ou par l'effet de la loi. Ce qui la caractérise et la sépare nettement de la précédente, c'est qu'aucun pouvoir gracieux n'est appelé à concéder ou à refuser le titre qui en résulte, c'est que l'acquisition de la qualité de français ou bien s'opère de droit, ou bien n'est subordonnée qu'à l'accomplissement par l'étranger de certaines formalités fixées par la loi et qu'il dépend de lui d'accomplir. Il devient alors français, non par suite d'une faveur qui lui est faite, ce qui impliquerait qu'elle pourrait être refusée, mais par suite d'un droit que la loi lui donne sous la seule condition qu'il en use.

On comprend, en effet, que certains étrangers soient dans une situation particulièrement favorable, dans une position telle que leur droit à l'acquisition de la nationalité française soit *a priori* regardé comme incontestable. Dès lors, l'intervention d'un pouvoir gracieux est inutile ; la loi elle-même concède la naturalisation, la soumettant seulement à certaines formalités dont l'accomplissement est potestatif, c'est-à-dire qu'il dépend des intéressés de les accomplir ou non. C'est en cela que cette naturalisation est privilégiée ; c'est pour cela qu'on l'appelait jadis naturalisation par le bienfait de la loi ou par l'effet de la loi : elle est acquise par concession directe de la loi, par cela seul que celui qui l'invoque remplit certaines formalités qu'il dépend de lui de remplir. La loi de 1889 a peut-être eu tort de l'appeler naturalisation de faveur, puisque c'est précisément celle qui implique non l'obtention d'une faveur, mais l'exercice d'un droit. Ce qui explique cette dénomination, c'est que la naturalisation dont il s'agit

ne peut être invoquée que dans certains cas exceptionnels et constitue dès lors une faveur de la loi au profit des étrangers qui en bénéficient, car elle les soustrait au droit commun.

A cette différence de fond entre les deux naturalisations correspond une différence de forme. Dans la naturalisation ordinaire, la qualité de français est conférée par le décret de naturalisation, elle ne l'est que par le décret et à la date du décret, qui seul fait preuve. Dans la naturalisation de faveur, il n'y a pas de concession gracieuse ; l'acquisition de la qualité de français résulte du seul accomplissement des formalités prévues ; elle se produit à la date de cet accomplissement. Quelquefois un acte est dressé, qu'on appelle une *lettre de naturalité*, une *déclaration de naturalité* ; mais, à l'inverse du décret de naturalisation, ce n'est pas un acte qui confère la qualité de français ; il en constate seulement l'acquisition antérieure et cette acquisition pourrait, en cas de contestation, être prouvée par tout autre moyen de preuve [1].

La différence est donc apparente entre les deux premières espèces de naturalisations.

Quant à la troisième, elle a un caractère qui la sépare si complètement des deux autres qu'aucune confusion n'est possible. En un sens, elle se rapproche de la naturalisation ordinaire, puisqu'elle suppose comme celle-ci un décret, ce qui implique qu'elle peut être refusée. Par là, elle se sépare absolument de la naturalisation de faveur, qui est un droit. Elle constitue une sorte de naturalisation distincte pour deux raisons : d'abord elle ne peut intervenir que dans l'hypothèse spéciale où celui qui la demande est un ex-français, ensuite elle est soumise à des conditions qui lui sont spéciales et qui ne sont pas celles de la naturalisation ordinaire.

27. Après avoir ainsi fixé le caractère distinctif des trois espèces de naturalisations, il faut les reprendre séparément, afin d'établir pour chacune les conditions de fond et de forme qu'elle exige et les effets qu'elle produit.

A) *Naturalisation ordinaire.*

28. Il faut répéter qu'elle forme le droit commun ; c'est le mode d'acquisition de la qualité de français pour les étrangers qui ne sont pas dans un des cas exceptionnels permet-

1. Cass. 28 avril 1851, D. P. 1851. I. 174.

tant de recourir soit à la naturalisation par bienfait de la loi, soit à la naturalisation par réintégration. Elle est une concession discrétionnaire de la puissance publique, octroyée selon les circonstances, après appréciation des titres de celui qui la sollicite, en un mot une faveur.

Voici quels en sont les conditions et les effets.

29. Depuis la loi de 1889, qui a résumé en cela des distinctions successivement introduites par les lois portées de 1804 à 1883, les conditions varient selon les cas. Les distinctions sont nombreuses et le sont même à l'excès. Il n'y a que deux points qui restent réglés toujours de même ; ils sont relatifs à la forme. Le premier concerne la nécessité d'un décret (article 8 *in fine*, rédaction de 1889). Le second concerne la procédure : forme de la demande, pièces à y joindre, instruction de l'affaire ; la loi de 1889 renvoie pour cela à un règlement d'administration publique (article 5) : c'est le décret du 13 août 1889, dont il faut lire les articles 2 et suivants.

Quant aux conditions de fond, elles varient selon les cas[1]. Voici les distinctions faites ; les motifs qui les expliquent sont assez apparents pour qu'il ne soit pas nécessaire d'insister. Il y a quatre cas à prévoir.

1[er] Cas. — De droit commun, l'étranger doit, pour obtenir la naturalisation, remplir deux conditions.

a) Avoir préalablement obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France ; c'est un premier moyen de contrôle[2].

b) Avoir résidé en France pendant trois ans à partir de l'enregistrement de la demande en autorisation de domicile. C'est un stage que l'on exige. Pendant longtemps il a été de dix ans ; la loi de 1867 l'a réduit à trois ans et la loi de 1889 a maintenu ce délai. On exige ce stage afin que l'étranger témoigne de la persistance de son intention, de son attachement au pays (article 8, 2[e] partie, 5°, n° 1).

1. Toutefois on admet communément l'existence d'une condition de fond qui serait commune à tous les cas de naturalisation ordinaire et serait la suivante : nul étranger ne peut être naturalisé français s'il n'est majeur. La loi de 1889 ne le dit pas formellement, mais les travaux préparatoires prouvent que le législateur a entendu admettre cette règle ; ils paraissent prouver aussi que la majorité requise ne doit pas être déterminée d'après la loi française, mais d'après la loi nationale de l'étranger. Voy. Le Sueur et Dreyfus, *La nationalité*, p. 69 et suiv., — Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, I, p. 310 et suiv.

2. Nous étudierons cette autorisation de domicile sous l'article 13 et ne pouvons ici que la signaler au passage à propos de l'une des applications qu'elle reçoit.

2[e] Cas. — Dans deux hypothèses, la durée du stage est abaissée à une année, l'admission à domicile restant d'ailleurs nécessaire. Pendant longtemps, on a appelé cette naturalisation, dans laquelle le stage est abrégé, naturalisation extraordinaire et l'expression est satisfaisante, puisque, d'après l'article 5 de la loi de 1889, la naturalisation de droit commun est appelée ordinaire. Voici quelles sont les deux hypothèses.

La première est prévue par l'article 8, 2[e] partie, 5°, n° 3 : « Les étrangers admis à fixer leur domicile en France peuvent « être naturalisés après un an, s'ils ont rendu des services « importants à la France, s'ils y ont apporté des talents dis- « tingués ou s'ils y ont introduit soit une industrie, soit des « inventions utiles, ou s'ils ont créé soit des établissements « industriels ou autres, soit des exploitations agricoles, ou « s'ils ont été attachés, à un titre quelconque, au service mi- « litaire dans les colonies et les protectorats français. » Il y a là des faits qui marquent l'opportunité et affirment la légitimité de la demande, qui expliquent l'abréviation du stage.

La seconde est prévue par le même article, 2[e] partie, 5°, n° 4 : « L'étranger qui a épousé une française peut être natu- « ralisé après une année de domicile autorisé. » Par l'effet du mariage, la femme a suivi la nationalité de son mari (article 19). Si, par l'influence de la femme, par suite de relations de famille ou d'intérêts, l'étranger veut devenir français, on abrège pour lui le stage.

3[e] Cas. — D'autres fois, l'autorisation de domicile n'est plus nécessaire, mais le stage le reste. L'autorisation de domicile, qui était de rigueur jusqu'en 1889, a cessé d'être exigée depuis lors pour les étrangers résidant en France depuis dix ans. L'article 8 (2[e] partie, 5°, n° 2) dit en effet : peuvent être naturalisés « les étrangers qui peuvent justifier d'une rési- « dence non interrompue pendant dix années ».

C'est l'introduction pour la France continentale de ce que le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 et la loi de 1867 avaient admis pour l'Algérie. D'après la Constitution du 14 février 1852, le Sénat était chargé de régler, au moyen de sénatus-consultes, la constitution de l'Algérie et des colonies (article 27). Par application de cet article, un sénatus-consulte du 14 juillet 1865 régla l'état des personnes et les conditions de la naturalisation des étrangers fixés en Algérie. On considéra, tenant

compte de l'intérêt et des besoins de la colonisation, que les exigences de la loi de 1849 étaient excessives pour l'Algérie, qu'il était de bonne politique d'admettre plus facilement à la nationalité française les étrangers venant se fixer en Algérie. De là les deux dispositions principales de ce sénatus-consulte quant à la naturalisation.

a) La durée du stage est abrégée ; il était de dix ans d'après la loi de 1849 et ne sera pour l'Algérie que de trois ans (article 3 du sénatus-consulte). Introduit ainsi en 1865, le délai de trois ans a passé dans la loi de 1867 et de là dans celle de 1889.

b) Le point de départ du stage est autrement fixé. La loi de 1849 faisait partir le stage de l'admission à domicile ; il aura pour point de départ, en Algérie, le fait seul de l'établissement, indépendamment de toute autorisation et la résidence sera constatée par un acte de notoriété (article 3 du sénatus-consulte).

La raison donnée de cette particularité est la suivante. Quand un colon s'établit, il ne sait ce qu'il adviendra de son établissement ; il ne songera à demander la naturalisation que quand cet établissement sera prospère ; pourquoi alors exiger de lui qu'il ait fait dès le début une démarche dont l'opportunité ne sera acquise que plus tard ? C'est ce que dit l'exposé des motifs de la loi de 1867 : « L'étranger qui s'établit en France participe, dès l'origine de son séjour, aux « avantages que la civilisation française offre à tous les habitants du territoire ; il ne demande en quelque sorte par la « naturalisation que la continuation et l'irrévocabilité de ce « bienfait. Le colon étranger qui se résout à porter en Afrique « son activité et sa fortune court une chance et rend à la « France un service. N'est-il pas légitime que les formalités « préalables à l'adoption soient simplifiées là où l'épreuve « est réellement méritoire et l'exemple particulièrement « utile ?[1] »

La même situation peut se produire en France ; aussi la loi de 1889 a généralisé. Mais alors on a allongé le stage, revenant à l'ancien stage de dix ans : dix ans de résidence effective valent trois ans de domicile autorisé.

4° Cas. — C'est celui où il n'est besoin ni de l'autorisation

1. D. P. 1867.IV.71.

de domicile ni du stage. Il en est ainsi dans les hypothèses les plus favorables, qui sont au nombre de deux.

La première est visée par l'article 4 de la loi de 1889 : « Les « descendants des familles proscrites lors de la révocation de « l'édit de Nantes continueront à bénéficier des dispositions « de la loi du 15 décembre 1790, mais à la condition d'un dé- « cret spécial pour chaque demandeur. Ce décret ne pro- « duira d'effet que pour l'avenir. » C'est dans une pensée de réparation que l'Assemblée constituante avait voté la loi de 1790, dont il est bon de rapporter ici le texte : « Toutes les « personnes qui, nées en pays étranger, descendent, à quel- « que degré que ce soit, d'un français ou d'une française ex- « patriés pour cause de religion, sont déclarés naturels fran- « çais et jouiront des droits attachés à cette qualité, si elles « reviennent en France, y fixent leur domicile et prêtent le « serment civique. » Ce texte n'a jamais cessé d'être appliqué[1]. Le législateur de 1889, tout en la confirmant, y apporte deux modifications. D'abord, le serment civique n'existant plus, le législateur a pensé qu'une simple déclaration ne saurait être regardée comme suffisante ; il a prescrit qu'un décret fût rendu pour chaque demandeur[2]. D'autre part les décrets rendus dans ce but ne produisent d'effet que pour l'avenir, au lieu que le serment civique, sous l'empire de la loi de 1790, avait, en quelque sorte, un effet rétroactif ; celui qui le prêtait était *déclaré naturel français*, c'est-à-dire tenu pour français d'origine.

La seconde hypothèse, visée par l'article 12, alinéa 2 (rédaction de 1889), concerne la famille des étrangers naturalisés français. Il est conforme à l'intérêt de la famille qu'elle ait la même nationalité que son chef et c'est conforme à l'in-

1. Il a reçu de nombreuses applications. Parmi les personnes rendues ainsi à la nationalité française, on peut citer M. Victor Cherbuliez ; il a usé en 1871 du droit que lui conférait la loi de 1790, déclarant qu'il venait se faire naturaliser vaincu.

2. La nécessité d'un décret constitue une innovation importante. Avant 1889, les descendants de français expatriés pour cause de religion n'avaient qu'à remplir certaines conditions fixées par la loi (retour en France et serment civique) pour acquérir la nationalité française ; la naturalisation organisée à leur profit était donc une naturalisation de faveur (*suprà*, p. 35 et 36). Depuis 1889, il faut un décret, de sorte que la naturalisation des descendants de religionnaires fugitifs devient une naturalisation ordinaire : c'est le quatrième cas de naturalisation ordinaire. Dans ce cas comme dans les trois autres, la naturalisation sollicitée par l'étranger peut être refusée par le chef de l'Etat (Weiss, *Traité théorique et pratique,* I, p. 371).

térêt français. Aussi la femme et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé peuvent, s'ils le demandent, obtenir la qualité de français sans remplir les conditions relatives à l'autorisation de domicile et au stage ; ils l'obtiennent, dit le texte, soit par le décret qui confère cette qualité au chef de famille, soit comme conséquence d'une déclaration qu'ils font postérieurement à ce décret : les formes et conditions de cette déclaration sont indiquées par l'article 9 (rédaction de 1889), qui sera étudié plus loin.

30. Les effets de la naturalisation ordinaire sont les mêmes dans tous les cas, c'est-à-dire à quelque condition que la naturalisation ait été obtenue. « L'étranger naturalisé, dit « l'article 3 de la loi de 1889 dans la première phrase, jouit « de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité « de citoyen français. » En d'autres termes, l'étranger naturalisé est assimilé désormais aux naturels français. Il est soumis au statut personnel français ; ses enfants, s'il en a postérieurement à sa naturalisation, sont français *jure sanguinis* ; il a pour l'avenir tous les droits et il supporte toutes les charges des français d'origine, notamment le service militaire (Loi du 15 juillet 1889, articles 3, 11 et 12).

La loi du 26 juin 1889 complète à cet égard la loi de 1867 en introduisant deux innovations.

1re Innovation. — Par un retour au droit plus ancien, elle rétablit la grande naturalisation de l'ordonnance du 4 juin 1814, ou quelque chose d'approchant, sauf le nom qui n'est pas reproduit. C'est encore un point du système de la naturalisation qui a passé par bien des vicissitudes.

La grande naturalisation a été introduite pour la première fois par l'ordonnance du 4 juin 1814 ; elle avait été inconnue depuis 1789 jusqu'à 1814, inconnue par conséquent sous la Constitution de l'an VIII et sous l'empire du Code civil. Jusqu'en 1814, la naturalisation attribuait la qualité de français avec toutes les prérogatives qui en découlent ; l'étranger naturalisé était assimilé aux français d'origine. L'ordonnance de 1814 limite les effets de la naturalisation. L'étranger naturalisé devient français et, comme tel, il obtient les droits civils et les droits politiques : notamment il est électeur ; mais il y a un droit politique qu'il n'acquiert plus, qui exige une habilitation spéciale : l'éligibilité, c'est-à-dire l'aptitude à être élu au Parlement, à siéger dans les Chambres. Pour de-

venir éligible, il faut des lettres de grande naturalisation et ces lettres ne peuvent être accordées que par le pouvoir législatif au moyen d'une loi : « Conformément aux anciennes « constitutions françaises, dit l'article 1 de l'ordonnance, au- « cun étranger ne pourra siéger, à compter de ce jour, ni « dans la Chambre des pairs, ni dans celle des députés, à « moins que, par d'importants services rendus à l'Etat, il « n'ait obtenu de nous des lettres de naturalisation vérifiées « par les deux Chambres. » L'éligibilité n'appartient qu'aux français d'origine et aux étrangers qui ont obtenu des lettres de grande naturalisation [1].

Ce système subsista jusqu'en 1848 [2]. A cette date, la grande naturalisation disparaît ; il n'y a plus désormais qu'une seule naturalisation, complète dans ses effets, conférant l'intégralité des droits civils et politiques comme avant l'ordonnance de 1814. Celle-ci fut considérée comme abrogée tacitement par les articles 6 et 7 du décret-loi du 5 mars 1848, reproduits par les articles 25 et 26 de la Constitution du 4 novembre 1848. Ils établissent une corrélation directe entre le droit d'élire et le droit d'être élu et se prêtent au raisonnement suivant. Tout électeur, d'après le texte, est éligible quand il est majeur de vingt-cinq ans ; or les étrangers naturalisés sont électeurs ; donc ils sont éligibles. Le raisonnement était contestable [3], mais il fut admis. Dès lors, la distinction entre la natu-

1. L'ordonnance de 1814 est précédée d'un préambule, où certaines ordonnances de l'ancien régime sont indiquées comme précédents de l'ordonnance rendue par Louis XVIII : ordonnances de 1386, 1431 et 1579. L'ordonnance de 1386 n'existe dans aucun recueil. Il est vrai que dans l'ordonnance de 1431 Charles VII mentionne une ordonnance antérieure rendue sur le même sujet et qui fait également défaut ; peut-être est-ce celle de 1386. Quant aux ordonnances de 1431 et 1579, elles ont un tout autre caractère que celle de 1814, laquelle établit une règle essentiellement nouvelle. Les actes de 1431 et 1579 prononcent contre les étrangers naturalisés l'exclusion des fonctions publiques en général et en particulier l'exclusion de la possession des bénéfices séculiers et des bénéfices de prélature. Rien là qui ressemble à l'exclusion de l'électorat et de l'éligibilité et à l'habilitation spéciale résultant de la grande naturalisation. Le véritable précédent de l'ordonnance de 1814, c'est un décret de la Convention du 5 nivôse an III (voy. le texte dans Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, I, p. 303, note 3). Ce décret n'admettait pas les étrangers naturalisés à représenter le pays, mais il leur refusait ce droit d'une manière absolue, sans aucune réserve d'une habilitation spéciale analogue à la grande naturalisation.

2. Pendant les trente-quatre ans que le système a duré, il a été accordé vingt-deux grandes naturalisations (Alauzet, *De la qualité de Français et de la naturalisation*, p. 102).

3. Voy. Ch. Beudant, *De la naturalisation*, dans la *Revue critique de législation*, livraison d'août 1855.

ralisation simple et la grande naturalisation disparaît pour l'avenir ; bien plus, toutes les naturalisations accordées précédemment se trouvent nivelées. En effet, la qualité d'électeur impliquant désormais celle d'éligible, sauf la condition d'âge, ceux à qui la naturalisation simple a conféré la qualité d'électeur se trouvent par là même avoir, au moins en puissance, la qualité d'éligible, sans qu'il y ait à distinguer suivant que la naturalisation simple a été accordée avant ou après 1848.

La Constitution de 1848 avait donc établi l'assimilation complète entre tous les étrangers naturalisés et les français d'origine, mais ce ne fut qu'un court intermède. La loi du 3 décembre 1849, sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France, rétablit la grande naturalisation pour l'avenir, tout en laissant à ceux qui avaient été antérieurement naturalisés la plénitude des droits politiques (article 1 *in fine* et article 5).

Les événements ultérieurs devaient une fois encore désorganiser ce qui venait d'être établi et nécessiter une loi nouvelle. La disposition de la loi de 1849 qui avait réintroduit la grande naturalisation allait se heurter au décret-loi du 2 février 1852, de même que l'ordonnance de 1814 s'était heurtée à la Constitution de 1848. L'article 12 du décret décide : « Sont électeurs sans condition de cens tous les français « âgés de vingt et un ans accomplis, jouissant de leurs droits « civils et politiques. » L'article 26 ajoute : « Sont éligibles, « sans condition de domicile, tous les électeurs âgés de vingt- « cinq ans. » Voilà la corrélation établie de nouveau entre les deux droits d'électorat et d'éligibilité. Or des dispositions analogues de la Constitution de 1848 ont été considérées comme ayant eu la vertu d'abroger l'ordonnance de 1814. Ces mêmes dispositions, inscrites dans le décret de 1852, vont-elles abroger la fin de l'article premier de la loi de 1849? On peut soutenir que non. En effet, les articles 12 et 26 du décret de 1852 sont la reproduction textuelle des articles 25 et 26 de la Constitution de 1848, sous l'empire de laquelle a été faite la loi de 1849. Comment alors cette loi pourrait-elle être tacitement abrogée par un décret-loi reproduisant un texte qui était en vigueur lors de la promulgation de la loi en 1849 ? Si les deux articles de la Constitution de 1848 ont été compatibles avec le rétablissement de la grande

naturalisation, pourquoi le texte de ces articles, maintenu par le décret-loi de 1852, ne serait-il pas compatible avec le maintien de la grande naturalisation ? Dans le même sens, on peut tirer argument de l'article 20 de la Constitution de 1852, lequel rend sénateurs de droit certains fonctionnaires, qui, pour occuper les fonctions d'où découle ce privilège, n'ont pas besoin de la grande naturalisation. Un titre qui en emporte un autre n'implique-t-il pas l'existence des conditions nécessaires aux deux ? L'idée qui a prévalu est que la Constitution de 1852 a emporté la grande naturalisation, comme la Constitution de 1848 avait emporté l'ordonnance de 1814. C'est ainsi que le prince Poniatowski put être élevé à la dignité de sénateur le 4 décembre 1854, quoiqu'ayant acquis la nationalité française par un décret de naturalisation simple en date du 11 octobre de la même année ; en 1863, le Corps législatif a déclaré valable l'élection de M. Welles de Lavalette, devenu français, lui aussi, par un décret de simple naturalisation [1].

La loi des 29 juin-5 juillet 1867, relative à la naturalisation, écarte par prétérition la grande naturalisation ; l'abrogation n'est pas formelle, mais n'a jamais fait doute. En effet, la grande naturalisation existait en vertu de l'article 1 *in fine* de la loi de 1849 ; or cette loi est abrogée et remplacée par une autre qui ne reproduit pas la fin de l'article. De plus, l'article 1 de la loi de 1867 dit à dessein et sans aucune restriction que l'étranger naturalisé jouit « de tous les droits « de citoyen français ». L'assimilation est donc complète entre l'étranger naturalisé et le français d'origine.

Vient enfin la loi de 1889. Précisément parce qu'elle facilite largement la naturalisation, les anciennes craintes sur l'invasion des étrangers naturalisés dans les affaires publiques reparaissent. Aussi l'article 3, après avoir posé le principe que « l'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils « et politiques attachés à la qualité de citoyen français », fait-il cette réserve : « Néanmoins, il n'est éligible aux assem- « blées législatives que dix ans après le décret de naturalisa- « tion, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai. Le délai « pourra être réduit à une année. » Un délai de dix ans ou

1. Voy. Ch. Beudant, *De la naturalisation*, *loc. cit.*, 1re page, — et Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, I, p. 344.

bien une loi individuelle, qui ne sera rendue qu'en connaissance de cause et après un an, vient à cet égard compléter la naturalisation et parfaire l'assimilation qui en résulte. C'est bien, sinon la grande naturalisation de l'ordonnance de 1814, au moins la même idée ; on a considéré qu'il est imprudent d'ouvrir les portes du Parlement, où se discutent les plus graves intérêts du pays, à des étrangers dont l'attachement à la France est de fraîche date, que cela est dangereux surtout dans un pays de suffrage universel où il faut toujours redouter les engoûments [1].

Bien entendu, la loi nouvelle, en introduisant cette restriction aux effets de la naturalisation, n'a pas porté atteinte aux droits acquis antérieurement. Elle n'a pas d'effet rétroactif ; or tous les étrangers naturalisés avant la mise en vigueur de la loi de 1889 avaient l'état complet de français ; donc l'article 3 ne leur est pas applicable [2].

2e Innovation. — La loi de 1889 résout une question controversée sous les lois antérieures en réglant mieux que par le passé les effets de la naturalisation quant à la famille du naturalisé.

Il va sans dire que la naturalisation produit ses effets en ce qui concerne celui qui l'a obtenue personnellement ; mais les effets s'étendent-ils à la femme du naturalisé s'il est marié, à ses enfants s'il en a ? La naturalisation du mari ou du père brise-t-elle l'unité de la famille quant à la nationalité, ou bien s'étend-elle en même temps à toute la famille, c'est-à-dire à la femme et aux enfants ? La question ne se pose que pour la femme et pour les enfants, non pour les autres membres de la famille, auxquels la naturalisation demeure mani-

1. La règle d'après laquelle les étrangers naturalisés sont inéligibles aux assemblées législatives pendant dix ans à partir de leur naturalisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai, est applicable aux descendants de français expatriés pour cause de religion, lorsque ceux-ci acquièrent la nationalité française par application de l'article 4 de la loi de 1889. La solution contraire (Weiss, *loc. cit.*, p. 372 et 373) pourrait être soutenue si la naturalisation des descendants de religionnaires fugitifs était encore une naturalisation de faveur, comme avant 1889. Mais nous avons dit qu'elle est devenue une naturalisation ordinaire (*suprà*, p. 41, note 2) ; dès lors il n'y a pas de raison pour qu'elle ne produise pas, dans le silence des textes, les effets habituels de la naturalisation ordinaire. Ces effets sont les mêmes dans tous les cas, c'est-à-dire à quelque condition que la naturalisation ordinaire ait été obtenue (*suprà*, p. 42, n° 30).

2. La question s'est posée, à la fin de 1889, à propos de l'élection d'un député dans l'arrondissement de Sisteron. Voy. Le Sueur et Dreyfus, *op. laud.*, p. 94, note 2 ; — Eugène Pierre, *Traité de droit politique et parlementaire*, p. 167 ; — Weiss, *Traité théorique et pratique*, I, p. 345 et suiv.

festement étrangère. La femme et les enfants deviennent-ils français comme le chef de famille et avec lui, ou bien conservent-ils leur nationalité ?

La loi de 1889 a réglé ce point mieux que n'avaient fait les lois antérieures ; à tout le moins, le législateur a eu l'intention de le mieux régler, mais le texte rédigé à cet effet est des plus singuliers. C'est le nouvel article 12 du Code, alinéas 2 et 3. Il fait une distinction[1].

a) La naturalisation, en même temps qu'elle rend français celui qui l'obtient, s'étend de droit aux enfants mineurs. Cela paraît conforme aux données de la situation, aux intérêts en présence. Quand le chef de famille devient français, ses enfants mineurs, qui dépendent de lui, le deviennent avec lui. « Deviennent français, dit l'alinéa 3, les enfants mineurs d'un « père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser fran- « çais. » Il serait excessif cependant de le leur imposer ; aussi le texte ajoute : « à moins que, dans l'année qui suivra « leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se confor- « mant aux dispositions de l'article 8, § 4. » On leur réserve par conséquent la possibilité de faire une déclaration d'extranéité, de même qu'on le réserve (art. 8, § 4) à l'enfant né en France de parents étrangers et qui est domicilié en France lors de sa majorité.

L'idée est claire. Seulement le texte parle des enfants mineurs « d'un père ou d'une mère survivant », ce qui suppose le prédécès de l'un des auteurs ; en serait-il donc autrement si les auteurs vivaient tous deux ? L'interprétation littérale conduirait à l'admettre, mais cette interprétation doit être écartée. D'une part, on ne voit pas pourquoi l'enfant dont le père et la mère, tous deux vivants, se font naturaliser français serait traité avec moins de faveur que celui dont un auteur, survivant seul, se fait naturaliser. D'autre part, les travaux préparatoires établissent que le texte cité est applicable soit que le père et la mère aient été naturalisés en même temps, soit que le père l'ait été seul du vivant de la mère, soit que la naturalisation ait été accordée au survivant des

1. La question a été posée de savoir si l'article 12 est applicable au cas de naturalisation accordée à des descendants de religionnaires fugitifs. La solution négative (Weiss, *Traité théorique et pratique*, I, p. 373 et 374) est inadmissible du moment que la naturalisation des descendants de religionnaires fugitifs est une naturalisation ordinaire depuis 1889. Voy. *suprà*, p. 46, note 1.

père et mère ; il est inapplicable uniquement quand la mère seule se fait naturaliser française du vivant du père[1] et cela s'explique par l'idée que l'exercice de l'autorité paternelle appartient au père seul tant que les deux auteurs existent. En d'autres termes, le texte aurait dû être rédigé ainsi : « Deviennent français les enfants mineurs d'un père ou d'une « mère *survivante* » ; ou bien encore : « Les enfants mi- « neurs deviennent français par la naturalisation de leur « père ou du survivant de leurs auteurs, sans distinguer « alors entre le père et la mère. » C'est là ce qu'on a voulu dire ; seulement ce n'est pas ce qu'on a dit et il est fâcheux qu'un texte législatif soit aussi mal rédigé.

b) Quant à l'épouse et aux enfants majeurs, la naturalisation du mari ou du père ne s'étend pas à eux, ne leur profite pas de droit. Ils ont en effet une individualité propre, acquise et qu'il ne saurait dépendre de personne de leur enlever sans une manifestation de leur volonté, la naturalisation supposant toujours le consentement du naturalisé. Mais, si la naturalisation du chef de famille ne s'étend pas à eux de droit, elle leur vaut le bénéfice d'une naturalisation de faveur s'ils le veulent. C'est ce que décide le second alinéa du nouvel article 12, qui sera étudié plus tard[2]. La faveur qui leur est faite est une conséquence de la naturalisation accordée au chef de famille et la remarque est importante pour l'interprétation du dernier alinéa de l'article 8 (rédaction de 1889). Aux termes de ce texte, « il est statué par décret sur la demande de « naturalisation, *après une enquête sur la moralité de l'é- « tranger.* » L'enquête ne doit pas porter seulement sur la moralité du candidat à la naturalisation, mais encore sur la moralité de sa femme et de ses enfants, en un mot de tous ceux auxquels profitera directement ou indirectement la naturalisation.

Il faut noter pour terminer que le second alinéa du nouvel article 12 est sans application au mari dont la femme se fait naturaliser. La raison d'être de la règle fait alors défaut. La naturalisation de la femme peut avoir des effets quant aux enfants, mais non quant au mari.

1. Weiss, *Traité théorique et pratique*, I, p. 362 et 363.

2. Sur la question de savoir dans quelle mesure les alinéas 2 et 3 de l'article 12 sont applicables aux petits-enfants de l'étranger naturalisé, voy. Le Sueur et Dreyfus, *op. laud.*, p. 89. — Sur l'application des mêmes textes aux enfants naturels, voy. Weiss, *loc. cit.*, p. 364 et 365.

31. Tels sont les conditions et les effets de la naturalisation ordinaire. A titre d'appendice, il importe d'énumérer quelques documents qui forment le droit spécial en cette matière.

a) Ce sont d'abord trois décrets de 1870, par application desquels un grand nombre de naturalisations ont été prononcées et qui ont admis momentanément un régime spécial. Ils émanent du Gouvernement de la défense nationale, et les voici dans l'ordre de leur apparition : 1° décret du 12 septembre 1870, autorisant le ministre de la justice à statuer provisoirement sur les demandes en naturalisation sans prendre l'avis du Conseil d'État, — 2° décret du 26 octobre 1870 sur la naturalisation des étrangers ayant pris part à la défense de la France et qui sont dispensés de l'année de stage de la loi de 1867, — 3° décret du 19 novembre 1870, réglant les conditions de cette naturalisation exceptionnelle. Le rétablissement des pouvoirs réguliers a mis fin au régime spécial et transitoire de ces décrets.

b) Ce sont en second lieu quelques décrets relatifs à ce qu'on nomme parfois la naturalisation coloniale. L'intérêt de la colonisation veut que les conditions et les formes soient ici simplifiées. L'acquisition de la qualité de français résulte d'ailleurs de la naturalisation coloniale avec toutes les conséquences qu'entraîne la naturalisation obtenue par application du droit commun. Dans cet ordre d'idées, il faut citer avant tout deux décrets du Gouvernement de la défense nationale, ou plutôt de la Délégation de Tours, sur la naturalisation en Algérie. Ils ont modifié le sénatus-consulte de 1865 cité précédemment. Ils portent tous deux la même date : celle du 24 octobre 1870.

Le premier déclare citoyens français les israélites indigènes de l'Algérie. Ils étaient français depuis la conquête : c'est ce qu'avait constaté le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, article 2, n°s 1 et 2. Mais, d'après le sénatus-consulte, la qualité de citoyen français, avec la jouissance des droits politiques, ne leur était acquise qu'en vertu d'un décret individuel (article 2, n°s 3 et 4). Le décret de 1870 les a rendus en masse citoyens et par suite leur a conféré les droits politiques.

Le second décret du 24 octobre 1870 est relatif à la naturalisation des indigènes musulmans et des étrangers résidant en Algérie. Les indigènes musulmans étaient français depuis la conquête : le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 les déclare

tels ; mais la qualité de citoyen ne leur était acquise qu'en vertu d'un décret de naturalisation (article 1, n[os] 3 et 4). Le décret de 1870 ne les déclare pas citoyens comme les israélites. Ils continuent donc à avoir besoin, pour posséder les droits politiques, d'obtenir une naturalisation individuelle ; seulement le décret simplifie les conditions et transfère au Gouverneur général de l'Algérie le droit de statuer. Des facilités analogues sont introduites relativement aux étrangers immigrés en Algérie [1].

Ces deux actes sont importants et toujours en vigueur : la loi de 1889 le déclare formellement dans l'article 2, alinéa 2.

c) Ce sont enfin les textes suivants, pour lesquels il suffit d'un simple renvoi : 1° décret du 21 septembre 1881, édictant des règles spéciales pour les établissements français de l'Inde, — 2° décret du 10 novembre 1882, édictant des règles spéciales pour la Nouvelle-Calédonie, — 3° décret du 29 juillet 1887, édictant des règles spéciales pour la Tunisie, l'Annam et le Tonkin.

B) *Naturalisation de faveur.*

32. Il faut se rappeler qu'elle diffère de la précédente à deux points de vue. La naturalisation ordinaire résulte d'un décret individuel, au lieu que la naturalisation de faveur résulte, sans décret, du seul accomplissement par l'étranger des conditions ou formalités légales. La première forme le droit commun, la seconde est d'exception : ceux-là seuls peuvent y recourir qui se trouvent dans un des cas où la loi l'autorise formellement. Nous n'avons dès lors qu'à procéder à une énumération des cas dans lesquels a lieu la naturalisation de faveur et à dire si les effets de cette naturalisation sont les mêmes que ceux de la naturalisation ordinaire.

33. Dans l'état actuel du droit, il y a cinq cas de naturalisation de faveur, ce qui revient à dire qu'il y a cinq cas dans lesquels certains étrangers sont considérés comme ayant *à priori* le droit de devenir français : ils le deviennent ou sont autorisés à le devenir à leur gré. La loi fixe les formalités à remplir et leur accomplissement entraîne *ipso facto* la naturalisation.

1. Voy. sur tous ces points Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, I, p. 375 et suiv., notamment p. 389 et suiv.

1er Cas. — La naturalisation de faveur a lieu au profit des individus nés en France de parents étrangers, quand ils ne sont pas français d'origine. Ils sont français de naissance, *jure soli*, dans deux cas précédemment signalés : s'ils sont nés en France d'un étranger qui lui-même y est né, ou bien quand ils sont nés en France d'un étranger, même né à l'étranger, s'ils sont domiciliés en France à l'époque de leur majorité. Hors de là, c'est-à-dire s'il s'agit d'individus nés en France d'un étranger né à l'étranger et qui ne sont pas domiciliés en France à l'époque de leur majorité, le fait de la naissance en France ne confère pas la nationalité française, mais en facilite l'acquisition ultérieure. L'individu né en France n'a pas besoin de recourir à la naturalisation ordinaire, avec ses conditions et ses formes ; il lui suffit de faire une déclaration et, dans un cas même, il n'a rien à faire du tout : la chose se fait d'elle-même. C'est ce qui résulte de l'article 9 remanié par la loi de 1889. Dans quelques-unes de ses parties, il a été modifié par la loi du 22 juillet 1893. C'est encore un texte très long ; dans sa rédaction actuelle, il ne comprend pas moins de onze alinéas.

Le cas où l'étranger né en France n'a rien à faire, où sa qualité de français se complète toute seule, par l'effet même des circonstances, est prévu par le dernier alinéa de l'article 9 (rédaction de 1889), que la loi de 1893 n'a pas touché. Aux termes de ce texte, l'individu né en France d'un étranger né à l'étranger et qui n'est pas domicilié en France à l'époque de sa majorité devient français « si, ayant été porté sur « le tableau de recensement, il prend part aux opérations de « recrutement sans opposer son extranéité ». Il y a dans ce fait une adhésion tacite, qui est jugée suffisante et dispense de toute formalité. Peut-être l'individu dont il s'agit ignorait-il son extranéité et alors l'assimilation a été consommée en fait. S'il la connaissait, la soumission volontaire au service militaire suffit à prouver l'intention sérieuse d'être français. Dans les deux cas, il est français *ipso facto*, mais il ne l'est que pour l'avenir. C'est ce que dit l'article 20 (rédaction de 1889) : « Les individus qui acquerront la qualité de français « dans les cas prévus par les articles 9, 10, 18 et 19 ne pour- « ront s'en prévaloir que pour les droits ouverts à leur profit « depuis cette époque. »

Hors le cas prévu par le dernier alinéa de l'article 9, l'in-

dividu né en France d'un étranger né à l'étranger et qui n'est pas domicilié en France à l'époque de sa majorité ne peut devenir français qu'en remplissant certaines formalités. Le premier alinéa de l'article 9 (rédaction de 1889), que la loi de 1893 n'a pas touché non plus, les indique. Il faut d'abord qu'il fasse sa soumission de fixer en France son domicile ; il faut ensuite, dans l'année de cette soumission, qu'il établisse effectivement son domicile en France ; il faut enfin qu'il réclame avant vingt-deux ans la qualité de français par une déclaration formelle [1]. Ces conditions remplies, l'individu dont il s'agit est français, mais il ne l'est que pour l'avenir (article 20, rédaction de 1889).

La formalité essentielle, car c'est d'elle que résulte la naturalisation, est la déclaration par laquelle la qualité de français est réclamée. L'article 9 n'en subordonne l'effet qu'à une seule condition, outre la forme dans laquelle elle doit être faite, c'est que l'intéressé la fasse avant d'avoir vingt-deux ans. Il faut que l'étranger marque un certain empressement à profiter de la faveur qui lui est faite et la justifie de la sorte. Sans cela, il retombe sous l'application du droit commun et, s'il veut devenir français, il doit recourir à la naturalisation ordinaire.

Si la déclaration ne peut être faite utilement après vingt-deux ans, elle peut l'être jusque-là n'importe à quel âge. Si l'étranger est majeur, c'est-à-dire si la déclaration est faite de vingt-un à vingt-deux ans, c'est lui qui la fera ; s'il est mineur, le dixième alinéa du texte actuel de l'article 9 indique qui peut faire la déclaration. Cet alinéa était le second du texte de 1889 ; il est devenu le dixième en 1893. « Si l'individu qui réclame la qualité de français est âgé de « moins de vingt et un ans accomplis, la déclaration sera « faite en son nom par son père ; en cas de décès, par sa « mère ; en cas de décès du père et de la mère ou de leur « exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les ar- « ticles 141, 142 et 143 du Code civil, par le tuteur autorisé « par délibération du conseil de famille. »

En cela, le nouvel article 9, tel qu'il est sorti de la loi de 1889, a très heureusement modifié l'ancien. Celui-ci n'auto-

1. Le règlement d'administration publique du 13 août 1889 détermine où et dans quelle forme la soumission et la déclaration doivent être faites (art. 6 et 9).

risait la déclaration qu'après la majorité, afin, disait-on, que la volonté de devenir français fût librement et sérieusement exprimée. Or il résultait de là un grave inconvénient quand l'étranger, auquel on reconnaît le droit de devenir français, se trouvait avoir intérêt à acquérir cette qualité pendant sa minorité, par exemple pour se présenter aux écoles du Gouvernement, dont l'article 9 lui fermait les portes puisqu'on n'y entre que jusqu'à vingt-un ans, ou bien pour obtenir son inscription comme avocat stagiaire, pour laquelle il fallait surseoir jusqu'après la déclaration. En pratique, il était résulté de là des difficultés diverses [1], qui sont écartées depuis 1889 et dont il n'y a plus à s'occuper. La déclaration ne peut être faite après vingt-deux ans, mais elle peut l'être auparavant et à n'importe quel âge selon l'intérêt de l'enfant [2].

Telle était, sur ce premier cas de naturalisation de faveur, la législation de 1889. L'application n'a pas tardé à en révéler les inconvénients. Par application du texte de 1889, on vit devenir français par simple déclaration des individus nés en France peut-être accidentellement, des étrangers peu désirables sinon compromettants comme compatriotes. On s'en émut et des plaintes se produisirent. Fallait-il revenir en arrière et restreindre l'influence du *jus soli*? Mais il aurait été nécessaire pour cela de refaire toute la loi, dont les dispositions s'enchaînent. La loi du 22 juillet 1893 a pris un biais qui ne laisse pas d'être singulier. Pour le comprendre, il faut se rappeler que la naturalisation n'est pas une faveur mais un droit en ce qui concerne l'enfant né en France d'un étranger [3]. La loi de 1893 n'a rien fait contre cette idée, mais elle s'est arrangée pour que la naturalisation, tout en restant un droit en théorie dans l'hypothèse dont il s'agit, cessât d'en

1. Voy. sur ces difficultés les indications fournies par M. Weiss dans l'*Annuaire de législation française* de 1890, p. 127, note 1. Cfr. Cass. 31 décembre 1860, D. P. 1861. I. 209, Sir. 1861. I. 221.

2. Il faut observer que, dans ce premier cas de naturalisation de faveur, la naturalisation peut être acquise par un mineur, contrairement à la règle admise en ce qui concerne la naturalisation ordinaire. Voy. *suprà*, p. 38, note 1. D'ailleurs et d'une façon générale, la règle qui vient d'être rappelée n'est pas applicable à la naturalisation de faveur. En effet, parmi les cinq cas de naturalisation de faveur, il en est deux (le quatrième et le cinquième) dans lesquels le raisonnement conduit à admettre les mineurs au bénéfice de la naturalisation comme les majeurs ; dans les trois autres cas, la loi elle-même prévoit que la naturalisation peut s'appliquer à des mineurs.

3. Le caractère distinctif de la naturalisation de faveur est de constituer un droit pour celui qui se trouve dans les conditions prévues par la loi.

être un en fait. Elle a introduit un contrôle, qui permet d'arrêter au passage ceux dont on ne veut pas, les indignes, quoiqu'en principe la naturalisation soit toujours un droit pour eux. Voici comment a été introduit ce contrôle.

L'article 9 (alinéa 1, rédaction de 1889) était ainsi conçu : « Tout individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas « domicilié à l'époque de sa majorité pourra, jusqu'à l'âge « de vingt-deux ans accomplis, faire sa soumission de fixer « en France son domicile, et, s'il l'y établit dans l'année à « compter de l'acte de soumission, réclamer la qualité de « français par une déclaration qui sera enregistrée au mi- « nistère de la justice. » Le législateur de 1893 a modifié la fin de l'alinéa de la façon suivante : « ... par une déclaration « qui sera, *à peine de nullité*, enregistrée au ministère de la « justice. » Puis il a fait suivre cet alinéa remanié de huit alinéas nouveaux, qui prennent place entre l'alinéa remanié et l'ancien alinéa 2, lequel devient ainsi le dixième. Voici les passages essentiels des alinéas intercalés : « L'enregistrement « sera refusé s'il résulte des pièces produites que le déclarant « n'est pas dans les conditions requises par la loi, sauf à lui « à se pourvoir devant les tribunaux civils, dans la forme « prescrite par les articles 855 et suivants du Code de procé- « dure civile..... L'enregistrement pourra en outre être re- « fusé, pour cause d'indignité, au déclarant qui réunirait « toutes les conditions légales ; mais, dans ce cas, il devra « être statué, le déclarant dûment avisé, par décret rendu « sur l'avis conforme du Conseil d'Etat, dans le délai de trois « mois à partir de la déclaration, ou, s'il y a eu contestation, « du jour où le jugement qui a admis la réclamation est de- « venu définitif. Le déclarant aura la faculté de produire de- « vant le Conseil d'Etat des pièces et des mémoires. » D'après ces textes, la naturalisation visée par le premier alinéa de l'article 9 reste une naturalisation de faveur sans en être une, un droit sans en être un. Comme tout cela devient compliqué et quelle attention il faut pour s'y reconnaître ! La loi de 1893 a fait une entorse au système, une confusion entre la naturalisation ordinaire et la naturalisation de faveur. La naturalisation visée par le premier alinéa de l'article 9 n'est plus ni une naturalisation ordinaire ni une naturalisation de faveur ; c'est quelque chose d'intermédiaire, qui peut s'expliquer en pratique mais qui bouleverse les notions juridiques reçues.

2e Cas. — La naturalisation de faveur a lieu au profit des enfants d'un ex-français, des individus nés de français qui ont perdu cette qualité. Les enfants nés avant que la qualité de français ait été perdue restent français ; les enfants nés après sont étrangers, mais l'acquisition de la nationalité française est facilitée pour eux. L'article 10 (rédaction de 1889) s'exprime ainsi : « Tout individu né en France ou à l'étran-« ger, de parents dont l'un a perdu la qualité de français, « pourra réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions « fixées par l'article 9, à moins que, domicilié en France et « appelé sous les drapeaux lors de sa majorité, il n'ait re-« vendiqué sa qualité d'étranger. »

La seule différence entre la situation qui est faite à ces individus et la situation faite à ceux que vise l'article 9 est celle-ci : pour les enfants nés d'un ex-français, la déclaration peut être faite à tout âge et non plus seulement jusqu'à vingt-deux ans. On a jugé qu'une faveur plus grande leur est due ; leur origine, leur famille, leurs intérêts souvent sont en France ; il est tout naturel qu'ils veuillent devenir français ; à quelque âge qu'ils le veuillent, il leur suffira de le déclarer. Ils auront été étrangers jusque-là ; ils seront français désormais, mais (article 20) ils le seront seulement pour l'avenir[1]. D'où cette conséquence qu'ils ne seront pas portés sur les listes du recrutement s'ils font leur déclaration seulement à trente ans ; ils auront échappé à la loi de recrutement comme y échappe l'individu qui obtient après trente ans la naturalisation ordinaire (article 9 de la loi du 21 mars 1832).

En terminant sur ce privilège des enfants d'ex-français, il faut remarquer que l'article 10 ne parle que de l'enfant au premier degré. Par conséquent c'est à lui seul qu'appartient le privilège accordé par l'article ; les descendants des degrés inférieurs restent dans le droit commun et ne peuvent que solliciter la naturalisation ordinaire.

3e Cas. — La naturalisation de faveur a lieu au profit de l'épouse et des enfants majeurs d'étrangers naturalisés. Les enfants mineurs deviennent français *ipso facto* par la naturalisation de leur père ou du survivant de leurs auteurs, dont les effets s'étendent à eux (article 12, 3°, rédaction de 1889).

1. Trib. de Lille 21 avril 1887 (Journal *Le Droit* du 18 juillet 1887), — Bruxelles 24 décembre 1887 (*Le Droit* du 31 mars 1888). — Cass. 14 février 1890. D. P. 1891. I. 281 (note de M. Cohendy).

Quant aux enfants majeurs et à l'épouse, ils restent étrangers, mais il leur suffit, pour devenir français, de le vouloir et de faire une déclaration. C'est ce que dit l'article 12,2° (rédaction de 1889) : « La femme mariée à un étranger qui se « fait naturaliser français et les enfants majeurs de l'étran- « ger naturalisé pourront, s'ils le demandent, obtenir la qua- « lité de français, sans condition de stage, soit par le décret « qui confère cette qualité au mari ou au père ou à la mère, « soit comme conséquence de la déclaration qu'ils feront dans « les termes et sous les conditions de l'article 9. »

L'article envisage deux hypothèses possibles : la femme et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé peuvent être naturalisés par le même décret que le chef de famille, ou bien, s'ils n'ont pas fait diligence à cet effet, ils peuvent faire la déclaration prévue par l'article 9. Disposition bizarre au premier chef. En effet, comme l'article 12, 2° renvoie à l'article 9, il en résulte que la déclaration, autorisée seulement dans les conditions de l'article 9, ne peut être faite par la femme et par les enfants majeurs du naturalisé que jusqu'à vingt-deux ans. Si les enfants sont mineurs, ils sont français de droit ; s'ils sont majeurs, ils peuvent devenir français, mais à condition d'avoir moins de vingt-deux ans. Quant à la femme, elle ne peut faire la déclaration lorsqu'elle a plus de vingt-deux ans, mais elle peut la faire avant d'être majeure de vingt et un ans. En effet, l'épithète *majeurs*, dans l'article 12, 2°, ne s'applique qu'aux enfants ; d'autre part il faut bien que la femme puisse faire la déclaration avant sa majorité, car aucune naturalisation de faveur n'est organisée au profit de la femme mineure de vingt-un ans et il est inadmissible qu'on lui refuse, en minorité, la faveur que l'article 12, 2° lui accorde quand elle est majeure de vingt-un ans et mineure de vingt-deux[1].

4e Cas. — La naturalisation de faveur a lieu au profit de la femme étrangère qui épouse un français. L'article 12 alinéa 1 (rédaction de 1889) est ainsi conçu : « L'étrangère qui aura « épousé un français suivra la condition de son mari[2]. » La faveur est ici plus complète encore que dans les trois cas pré-

1. Le Sueur et Dreyfus, *op. laud.*, p. 147.

2. Cette disposition existait déjà dans le Code de 1804. Elle formait à elle seule tout l'ancien article 12 (rédaction de 1804) ; d'autres alinéas ont été ajoutés en 1889.

cédents, car l'acquisition de la nationalité française n'est soumise à aucune formalité ; la femme étrangère devient française par le seul fait de son mariage, à partir de la célébration, sans avoir aucune formalité à remplir[1]. L'acquisition de la nationalité française est un effet du mariage. La loi, en décidant ainsi, interprète la volonté probable de la femme ; quittant sa famille pour s'attacher à son mari, elle quitte aussi sa patrie. Toutefois, ce n'est là qu'une induction de volonté ; aussi l'article 12 ne doit être appliqué que sous une double restriction.

a) D'abord l'article déclare française l'étrangère qui « aura épousé un français », d'où résulte qu'il n'est pas applicable au cours du mariage. Si le mari, étranger lors du mariage, change de nationalité et devient français, la femme ne suit pas la condition du mari. C'est d'autant plus certain que l'article 12, 2° (rédaction de 1889) lui permet de devenir française par simple déclaration.

b) On peut soutenir qu'une réserve expresse, constatée par exemple dans la forme des déclarations d'extranéité, empêcherait l'application de l'article 12 alinéa 1, en ôtant tout fondement à la présomption de volonté sur laquelle repose la disposition de cet article[2].

Deux remarques compléteront l'explication du premier alinéa de l'article 12.

La première vise l'hypothèse où la femme, naturalisée française par son mariage avec un français, devient veuve. La femme ne cesse pas d'être française par le décès de son mari[3].

La seconde remarque a trait à la situation des enfants que peut avoir la femme étrangère au moment où elle devient française par son mariage avec un français. Faut-il leur appliquer les alinéas 2 et 3 de l'article 12, c'est-à-dire décider qu'ils deviennent français de droit s'ils sont mineurs lors du mariage de leur mère et qu'ils peuvent le devenir, s'ils sont majeurs, en déclarant leur volonté de le devenir ? La solution paraît s'imposer, car les alinéas 2 et 3 de l'article 12 parlent des

1. La nationalité française, étant acquise à la femme par l'effet du mariage, lui est acquise même si elle se marie en minorité, pourvu qu'elle ait la capacité requise pour contracter mariage. Voy. *suprà*, p. 38, note 1 et p. 53, note 2. Cpr. Weiss, *Traité théorique et pratique*, I, p. 508.

2. Le Sueur et Dreyfus, *op. laud.*, p. 171, — Weiss, *op. laud.*, I, p. 504 et suiv.

3. Cass. 22 juillet 1863, D. P. 1864. I. 26.

enfants d'une personne qui se fait naturaliser française et c'est bien par l'effet d'une naturalisation que la femme étrangère épousant un français devient française. Pourquoi dès lors ne pas admettre ici toutes les conséquences que la loi attache à la naturalisation, sans distinguer entre les diverses espèces de naturalisations ?

5° Cas. — La naturalisation de faveur peut résulter de l'incorporation d'un territoire à la France. La naturalisation, dans ce cas, n'est plus individuelle, mais collective ; elle se réalise en masse pour tous les habitants d'une province par suite de sa réunion au territoire français[1]. De plus, elle s'opère de plein droit, sans formalité aucune. Il serait inadmissible en effet qu'un territoire faisant partie d'un pays fût habité en masse par des nationaux dépendant d'un autre pays ; de là le principe que la réunion d'une province au territoire d'un pays confère *ipso facto* aux habitants la nationalité de ce pays, sans qu'aucune formalité soit nécessaire. C'est une naturalisation *jure soli*. Si l'incorporation du territoire est le résultat d'une convention, d'un traité, la date de la convention fixe le moment à partir duquel la nouvelle nationalité appartient aux habitants du pays annexé. Il en a été ainsi lors de la réunion du comté de Nice et de la Savoie à la France en 1860. Si l'incorporation est le résultat de la guerre, c'est une question de fait de savoir à quel moment les habitants du territoire changent de nationalité. Ainsi les habitants de l'Algérie sont devenus français par la conquête ; mais à quelle date ? Tout ce qu'on peut dire, c'est que chaque portion de territoire est devenue française avec ses habitants à mesure que la conquête en a été consommée.

Tels sont les principes que consacrent la tradition et la pratique universelles. Toutefois, ces principes reçoivent habituellement en fait une restriction. En cas d'annexion d'un territoire par traité, on reconnaît aux habitants, qu'ils soient originaires du pays ou simplement domiciliés à la date de l'annexion, le droit de conserver leur ancienne nationalité par une déclaration expresse de volonté à cet égard. Ils doivent alors, et à cette fin, faire une déclaration d'extranéité.

1. Les mineurs bénéficient comme les majeurs de la naturalisation collective. Voy. *suprà*, p. 38, note 1, p. 53, note 2 et p. 57, note 1. Voy. Weiss, *op. laud.*, I, p. 531.

C'est ce qui s'est passé lors de la réunion de la Savoie et de Nice à la France. Le traité du 24 mars 1860 s'exprime ainsi dans son article 6 : « Les sujets sardes originaires de la Savoie et de l'arrondissement de Nice, ou domiciliés dans « ces provinces, qui entendront conserver la nationalité « sarde, jouiront, pendant l'espace d'un an à partir de l'é- « change des ratifications, et moyennant une déclaration « préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de « transporter leur domicile en Italie et de s'y fixer, auquel « cas la qualité de citoyen sarde leur sera maintenue. » La même disposition se retrouve dans le traité du 2 février 1861, portant cession des communes de Menton et de Roquebrune (article 7). Il suit de là que tous ceux qui, dans le délai fixé, n'ont pas fait de déclaration d'extranéité ont conservé la qualité de français résultant pour eux de l'incorporation [1].

En résumé, il existe cinq cas de naturalisation de faveur, dans lesquels la qualité de français est acquise sans décret individuel. Encore une fois, ces cas sont exceptionnels ; en dehors d'eux, il faut recourir à la naturalisation ordinaire, puisqu'elle forme le droit commun.

34. Arrivons aux effets de la naturalisation de faveur. En principe, ils sont les mêmes que ceux de la naturalisation ordinaire. Cependant une question se pose relativement à ces effets ; elle est commune aux cinq cas dans lesquels la naturalisation de faveur a lieu.

1. Il faut noter ici, ne fût-ce qu'à titre de curiosité, le décret du 30 juin 1860, qui pendant longtemps a fort embarrassé l'administration. Aux termes de l'article 1 « les sujets sardes majeurs, et dont le domicile est établi dans les terri- « toires réunis à la France par le traité du 24 mars 1860, pourront, pendant le « cours d'une année à dater des présentes, réclamer la qualité de français. Les « demandes, adressées à cet effet aux préfets des départements où se trouve leur « résidence, seront, après information, transmises à notre garde des sceaux, sur « le rapport duquel la naturalisation sera, s'il y échet, accordée sans formalités « et sans paiement de droits ». L'article 2 continue : « Les sujets sardes encore « mineurs, nés en Savoie et dans l'arrondissement de Nice, pourront, dans l'an- « née qui suivra l'époque de leur majorité, réclamer la qualité de français en se « conformant à l'article 9 du Code Napoléon. » C'est assez inexplicable, car que devient le principe de la naturalisation par incorporation de territoire, s'il faut que chacun obtienne isolément la naturalisation ? Singulière position ! Pour rester sardes, on ne leur permet de déclarer leur volonté que pendant un an ; pour devenir français, on exige qu'ils le demandent dans le délai d'un an. Quelle sera la position de ceux qui n'auront rien fait du tout, c'est-à-dire de l'immense majorité ? Ils ne seront ni sardes ni français. Il faut considérer ce décret comme une étourderie du ministre de la justice et n'en pas tenir compte (Cass. 23 novembre 1881, D. P. 1882. I. 5, Sir. 82. I. 53). Il ne peut pas avoir pour effet d'empêcher l'application de l'article 6 du traité de 1860.

La naturalisation de faveur, de même que la naturalisation ordinaire, confère la qualité de français ; elle confère par là même les droits civils et les droits politiques. En d'autres termes, la première phrase de l'article 3 de la loi de 1889 est applicable à la naturalisation de faveur : « L'étranger « naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques atta- « chés à la qualité de citoyen français. » L'article 12 de la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée com- plète l'assimilation entre les deux espèces de naturalisation : « Les individus devenus français par voie de naturalisation, « réintégration ou déclaration faite conformément aux lois « sont portés sur les tableaux de recensement de la premièr « classe formée après leur changement de nationalité. » Mai la seconde phrase de l'article 3 de la loi sur la nationalit est-elle applicable à la naturalisation de faveur? « Néan- « moins, dit-elle, l'étranger naturalisé n'est éligible aux as- « semblées législatives que dix ans après le décret de natura- « lisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai. » L'étranger devenu français par naturalisation de faveur est- il éligible tout de suite au Parlement, ou l'est-il seulemen après dix ans, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai?

La question s'était posée sous l'empire de l'ordonnance de 1814 ; elle s'est trouvée écartée en même temps que la grand naturalisation et a reparu depuis que la loi de 1889 a rétabl la grande naturalisation. Il ne paraît pas qu'on y ait song en rédigeant la loi. Dans le cas d'acquisition de la qualité de français par incorporation de territoire, il est admis que la seconde phrase de l'article 3 n'est pas applicable. L'hypo- thèse est en dehors des lois sur la naturalisation ; il s'agit là d'une conjoncture d'ordre politique, d'un effet qui se produit en masse et non individuellement. Mais, dans les quatre autres cas, il s'agit de naturalisations individuelles, réglées par la loi civile, c'est-à-dire par la loi de 1889 elle-même ; la seconde phrase de l'article 3 est-elle applicable ?

D'un côté on peut remarquer que l'article 3 est géné- ral et semble dès lors viser tous les cas de naturalisation. Cela paraît d'autant plus vraisemblable que le second alinéa du texte réserve les cas de naturalisation par voie de réinté- gration : « Les français qui recouvrent cette qualité après « l'avoir perdue acquièrent immédiatement tous les droits « civils et politiques, même l'éligibilité aux assemblées légis-

« latives. » N'est-ce pas dire que la seconde phrase du premier alinéa est applicable dans tous les autres cas ? On objecte que la naturalisation de faveur n'est pas vraiment une naturalisation. Mais l'article 5 de la loi de 1889 implique le contraire quand il met sur la même ligne la naturalisation ordinaire et la naturalisation de faveur, en arrêtant les noms qu'il faut leur donner désormais. Il faut donc conclure que l'article 3 est applicable[1].

Cependant le sentiment contraire est assez répandu et cela tient à ce que précédemment on regardait les français par le bienfait de la loi, notamment dans le cas de l'ancien article 9, comme des naturels français.

C) *Naturalisation par voie de réintégration.*

35. Elle a lieu au profit des personnes qui ont perdu la nationalité française et veulent la recouvrer. Si ces personnes ont perdu la nationalité française par suite de circonstances normales, licites, il est tout simple qu'on les admette aisément à la recouvrer. Même s'il y a eu faute de leur part, à moins toutefois qu'il n'y ait eu crime, on comprend encore qu'on les traite en enfants prodigues et qu'on leur ouvre aisément les portes. De là les dispositions des articles 18, 19 et 21 rectifiés en 1889.

Dans l'ancien droit, l'ex-français était soumis, pour recouvrer sa nationalité perdue, aux mêmes conditions que l'étranger d'origine. Seulement les lettres accordées par le Roi, sous le nom de *lettres de déclaration* ou *de réintégration*, avaient un effet rétroactif ; elles faisaient renaître la qualité de français même pour le passé, de sorte que c'était vraiment une réintégration[2].

Sous l'empire du Code de 1804 il en est autrement. Le recouvrement de la qualité de français est facilité, mais il se produit sans effet rétroactif (article 20). Ce serait pousser l'indulgence trop loin, a pensé le législateur de 1804, que d'effacer absolument les suites de l'expatriation, même passagère; d'autre part la rétroactivité risquerait d'être dangereuse, à raison du temps parfois très long qui pourrait s'être écoulé

1. *Sic* : Le Sueur et Dreyfus, *op. laud.*, p. 94.
2. Pothier, *Traité des personnes*, liv. I, tit. 2, sect. 4.

depuis l'expatriation ; enfin, il en résulterait souvent des conflits de droits difficiles à trancher. Cette solution, admise en 1804, n'a pas seulement été conservée par le législateur de 1889, mais généralisée et appliquée à toute espèce de naturalisation (article 20, rédaction de 1889).

36. Quelles sont les conditions que doit remplir l'ex-français pour recouvrer la nationalité qu'il a perdue ? Elles ne sont pas les mêmes dans tous les cas. C'est qu'en effet la perte de la nationalité française peut être la conséquence de faits très divers. Parfois elle résulte d'un fait légitime, d'autres fois d'un fait suspect ou même d'un fait de félonie; or l'indulgence, disait fort bien Treilhard [1], ne doit pas être aveugle et imprudente ; le retour de l'ex-français ne doit être ni un sujet de trouble pour l'Etat, ni un sujet de discorde pour la famille. De là les distinctions suivantes.

1° S'il s'agit de la femme française devenue étrangère par son mariage avec un étranger, il n'y a aucune raison appréciable de se montrer rigoureux. Elle a conservé probablement les mœurs françaises, les usages français ; la réintégration doit être facile. L'ancien article 19 (rédaction de 1804) est en effet peu exigeant: « Si elle devient veuve, elle « recouvrera la qualité de française, pourvu qu'elle réside « en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du Roi « et en déclarant qu'elle veut s'y fixer. » Si donc elle réside en France au moment de la dissolution du mariage, une simple déclaration suffit à lui faire recouvrer la nationalité française, sans que le Gouvernement ait à donner une autorisation ; si, au contraire, elle réside à l'étranger, l'autorisation devient nécessaire, car il est moins certain que la femme ait conservé des sentiments assez français pour mériter de recouvrer la nationalité perdue : le Gouvernement appréciera. Le nouvel article 19 (rédaction de 1889) se montre moins facile: « Si « son mariage est dissous par la mort du mari ou par le di- « vorce, elle recouvre la qualité de française, avec l'autorisa- « tion du Gouvernement, pourvu qu'elle réside en France ou « qu'elle y rentre, en déclarant qu'elle veut s'y fixer. » Le législateur a voulu qu'un décret d'autorisation intervînt dans tous les cas, même quand la femme réside en France au moment de la dissolution du mariage. La raison de cette exigence

1. Fenet, VII, p. 174.

est que la réintégration de la femme dans la nationalité française entraîne désormais la naturalisation de ses enfants mineurs et ouvre à ses enfants majeurs la naturalisation de faveur (article 12, rédaction de 1889, alinéas 2 et 3) ; il a paru dès lors que la réintégration de la femme ne doit jamais être possible sans l'assentiment du Gouvernement, qui refusera l'autorisation s'il croit inopportun de donner ouverture aux avantages devant résulter de la réintégration de la femme pour les enfants de celle-ci.

Après comme avant la loi de 1889, l'autorisation du Gouvernement peut d'ailleurs être accordée sans aucune condition d'admission à domicile ni de stage.

2° S'il s'agit de personnes qui ont cessé d'être françaises pour une des causes prévues par l'article 17, les conditions exigées pour la réintégration dans la nationalité française sont les mêmes qu'au cas précédent. C'est dire qu'elles sont au nombre de deux et l'article 18 (rédaction de 1889) les relève : il faut que l'ex-français réside en France ou qu'il y rentre s'il réside à l'étranger, puis qu'il obtienne un décret de réintégration. L'exigence d'un décret s'explique par la nécessité d'apprécier les faits qui ont entraîné la perte de la qualité de français ; aucune admission à domicile, aucun stage n'est exigé.

3° Il est un troisième cas dans lequel l'ex-français reste assimilé à un étranger d'origine et n'a d'autre voie, pour recouvrer sa nationalité première, que la naturalisation ordinaire avec toutes ses conditions. C'est le cas où il s'agit d'un français devenu étranger pour avoir pris du service militaire à l'étranger (article 17, 4°, rédaction de 1889). Non seulement il ne peut recourir qu'à la naturalisation ordinaire, mais il est même, sous un rapport, traité plus rigoureusement que l'étranger d'origine, car il ne peut rentrer en France qu'avec la permission du Gouvernement (article 21, rédaction de 1889).

37. En résumé, trois cas doivent être distingués en ce qui concerne les conditions requises pour la réintégration dans la nationalité française. Si on rapproche ces trois cas, une question se pose naturellement. En quoi la naturalisation par voie de réintégration diffère-t-elle des deux autres ?

Elle n'est certainement pas une naturalisation de faveur, car ce n'est dans aucun cas un droit pour l'ex-français de recouvrer sa nationalité ; il faut toujours un décret, ce qui

implique appréciation de la part du Gouvernement. Dans un cas même, la rentrée en France est subordonnée à une autorisation préalable.

Est-ce alors une naturalisation ordinaire? Pas davantage. Elle en diffère sous trois rapports[1].

1° Dans les deux premiers des trois cas de réintégration, la réintégration n'exige ni admission préalable à domicile, ni stage. Or ce sont les conditions habituelles de la naturalisation ordinaire.

2° Une seconde différence concerne les trois cas de réintégration. Toute réintégration confère, à l'inverse de la naturalisation ordinaire, l'intégralité non seulement des droits civils, mais encore des droits politiques, y compris l'éligibilité. « Les français qui recouvrent cette qualité après l'avoir « perdue, dit l'article 3 alinéa 2 de la loi de 1889, acquièrent « immédiatement tous les droits civils et politiques, même « l'éligibilité aux assemblées législatives. » Cela se comprend à la rigueur, car ce sont des français par leur origine et, quand ils redeviennent français, il n'y a plus aucune raison pour se méfier d'eux.

3° L'extension de la naturalisation aux enfants est soumise à des règles spéciales quand il s'agit de la réintégration de la femme qui a cessé d'être française par son mariage avec un étranger (article 19, rédaction du 1889).

En règle générale, la naturalisation par voie de réintégration produit quant aux enfants les mêmes effets que la naturalisation ordinaire. Les effets de la naturalisation ordinaire à cet égard sont énoncés par l'article 12, dont l'article 18, relatif à la réintégration, se borne à reproduire les dispositions : « ... La qualité de français pourra être accordée par « le même décret à la femme et aux enfants majeurs s'ils en « font la demande. Les enfants mineurs du père ou de la « mère réintégrés deviennent français, à moins que, dans « l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qua-

1. On peut se demander s'il n'existe pas une quatrième différence entre la naturalisation ordinaire et la naturalisation par voie de réintégration. Il est admis communément (*suprà*, p. 38, note 1) que la naturalisation ordinaire peut être accordée seulement à des majeurs et on est tenté d'admettre une solution différente quant à la naturalisation par voie de réintégration, car l'article 18 n'exige pas que l'ex-français soit majeur pour être réintégré. Mais l'opinion contraire semble préférable. Voy. Le Sueur et Dreyfus, *op. laud.*, p. 208, — Weiss, *Traité théorique et pratique*, I, p. 586.

« lité en se conformant aux dispositions de l'article 8, § 4. »

Par exception, un régime spécial est établi par l'article 19 pour les enfants mineurs [1] de la femme qui est réintégrée dans la nationalité française après l'avoir perdue par son mariage avec un étranger : « ... Dans le cas où le mariage est dissous « par la mort du mari, la qualité de français peut être accor- « dée par le même décret de réintégration aux enfants mi- « neurs sur la demande de la mère ou par un décret ulté- « rieur, si la demande en est faite par le tuteur avec l'appro- « bation du conseil de famille. »

Il faut observer que le texte vise seulement le cas où le mariage de la femme réintégrée a été dissous par le prédécès du mari, ce qui exclut le cas de dissolution par divorce. Les travaux préparatoires corroborent à cet égard l'argument de texte et la distinction faite se justifie sans peine : tant que le père est vivant, il n'est pas admissible que le changement de nationalité de la mère produise effet quant aux enfants [2].

En cas de réintégration de la mère après dissolution du mariage par prédécès du père, la nationalité des enfants n'est pas changée *ipso facto* par le retour de la mère à la nationalité française, ce qui serait l'application du droit commun des articles 12 et 18. Ils n'acquièrent la qualité de français que par une disposition spéciale du décret qui réintègre la mère et sur la demande de celle-ci, ou par l'effet d'un décret postérieur rendu sur la demande du tuteur agissant avec l'autorisation du conseil de famille [3]. Qu'ils acquièrent la nationalité française par le même décret que la mère ou par un décret postérieur, les enfants n'ont du reste pas, dans le silence de l'article 19, la faculté de décliner la nationalité française dans l'année qui suit leur majorité, ce qui serait l'application du droit commun des articles 12 et 18.

Ces dérogations au droit commun sont impossibles à justifier et proviennent des incohérences de la rédaction ; l'ar-

1. Les enfants majeurs de la femme réintégrée restent soumis au droit commun des articles 12 et 18.

2. Le Sueur et Dreyfus, *op. laud.*, p. 218 et 219.

3. Que la naturalisation des enfants soit demandée par la mère ou par le tuteur, le chef de l'État est toujours libre de ne pas l'accorder (Weiss, *Traité théorique et pratique*, I, p. 578 et 579). C'est la règle applicable à toutes les naturalisations par décret, qu'il s'agisse de naturalisations ordinaires ou par voie de réintégration. Voy. *suprà*, p. 35 à 37.

ticle 19 soulève d'ailleurs les difficultés d'application les plus graves[1].

Il semble qu'on ait cherché comme à plaisir, dans cette loi de 1889, à multiplier les distinctions. Ces divergences, qui font qu'il n'y a pas de système dans cette loi, mais des solutions d'espèces, ne peuvent s'expliquer que par ce fait qu'on a mis sept ans à l'élaborer. Le projet a été retouché à la Chambre des députés, au Conseil d'Etat, au Sénat ; il a fini par être un composé de dispositions peu systématiques provenant de sources diverses. Un jour est venu où on a voulu en finir et on l'a voté sans en mettre les parties d'accord.

En résumé, la réintégration n'est ni une naturalisation de faveur, ni une naturalisation ordinaire ; elle est quelque chose de spécial.

SECTION III. — **De la perte de la qualité de français.**

38. C'est l'objet des articles 17 et suivants. Ils ont trait à la perte de la qualité de français soit par ceux qui ont cette qualité d'origine, soit par ceux qui l'ont acquise au moyen d'une naturalisation. Nous allons à ce propos rencontrer les dernières dispositions de la loi de 1889.

Sur cette matière, la loi de 1889 obéit aux mêmes préoccupations qu'en ce qui concerne la nationalité d'origine et la naturalisation. De même qu'elle élargit la nationalité d'origine et facilite la naturalisation, de même elle restreint les causes qui entraînent la perte de la qualité de français. L'idée est identique : étendre la nationalité française et pourchasser partout la situation interlope des sans-patrie.

39. Dans l'état actuel du droit, la qualité de français peut être perdue dans sept cas, tantôt par la volonté de l'individu qui se détache de l'association, tantôt par la volonté du pays qui retranche du nombre de ses membres celui qu'il juge indigne d'y rester. Quatre cas sont indiqués dans l'article 17 (rédaction de 1889), le cinquième dans l'article 19 (rédaction de 1889) ; les deux derniers sont indiqués ailleurs qu'au Code civil et la loi de 1889 n'a pas innové quant à eux.

1. Weiss, *op. laud.*, I, p. 579 et 580, — Le Sueur et Dreyfus, *op. laud.*, p. 213 et suiv.

40. Si on compare l'article 17 actuel avec l'ancien article de 1804, on observe d'abord que deux causes de perte de la qualité de français ont disparu en 1889.

a) La perte de la nationalité française n'est plus attachée à l'établissement fait en pays étranger sans esprit de retour. La qualité de français, disait l'ancien article 17, se perd « 3° par tout établissement fait en pays étranger sans esprit « de retour. Les établissements de commerce ne pourront « jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit « de retour. »

Cette disposition conduisait souvent à faire des hommes sans patrie, des *peregrini sine civitate*, lorsqu'au fait de l'établissement à l'étranger ne s'ajoutait pas, à l'étranger, l'acquisition d'une nationalité ; cessant d'être français sans acquérir une autre nationalité, l'individu devenait *heimathlos*.

D'autre part, l'ancien article 17 avait soulevé beaucoup de difficultés d'application. Quand un établissement devait-il être considéré comme fait sans esprit de retour ? C'était un point laissé à l'arbitraire du juge. Or on a considéré que la perte de la nationalité française ne doit être attachée qu'à des faits précis, nets, à propos desquels rien ne soit laissé à l'arbitraire et on a fait disparaître la partie citée de l'article 17.

b) La loi nouvelle a fait disparaître de l'article 21 la disposition qui attachait la perte de la qualité de français au fait de s'être affilié à une corporation militaire étrangère. Cette disposition, dans la pensée des rédacteurs du Code, visait certaines corporations à la fois militaires et religieuses qui n'existent plus de nos jours, comme l'ordre de Malte ou celui des chevaliers Teutoniques ; c'était dès lors, en 1889, une disposition surannée.

Il faut noter enfin que la loi de 1889, dans son article 6, a abrogé deux décrets du premier Empire en date des 6 avril 1809 et 26 août 1811, documents législatifs singuliers, caractéristiques de l'esprit de l'époque et empreints d'une jalousie internationale qui n'est plus de notre temps. Ils prononçaient, sous diverses distinctions, des peines parfois sévères contre les français qui abandonnaient leur pays ou qui se faisaient naturaliser à l'étranger sans autorisation du Gouvernement français ; ils les traitaient comme des déserteurs. C'était la conséquence du régime militaire qui pesait

sur la France. La constitutionnalité de ces décrets avait toujours été discutée ; ils avaient cependant été appliqués. La loi nouvelle les abroge définitivement ; il n'y a plus à en parler.

41. Les autres causes de dénationalisation subsistent, mais ont subi quelques modifications. Elles sont au nombre de sept.

1re Cause. — Perdent la qualité de français, dit l'article 17 (rédaction de 1889) : « 1° le français naturalisé à l'étranger « ou celui qui acquiert sur sa demande la nationalité étran- « gère par l'effet de la loi. » On ne peut pas servir deux maîtres à la fois ; il pourrait en résulter des devoirs incompatibles.

Pour que la nationalité française soit perdue, il faut une naturalisation régulièrement acquise et, en outre, une vraie naturalisation qui entraîne bien changement de nationalité. Certaines naturalisations plus ou moins incomplètes, admises par des législations étrangères, doivent-elles être considérées comme des naturalisations dans le sens de l'article 17 ? Ainsi, en Angleterre, il y a deux sortes de naturalisations : l'une accordée par acte du Parlement et qui s'appelle naturalisation, l'autre accordée par le pouvoir exécutif et qu'on appelle *denization*. La première rend anglais au sens complet du mot et le français qui l'obtient perd sans aucun doute la qualité de français par application de l'article 17. Quant à la seconde, les anglais eux-mêmes ne sont pas d'accord sur les effets qu'elle produit. *Denizen* veut dire citoyen, mais aussi habitant, hôte. D'après les uns, la *denization* confère la qualité d'anglais ; d'après les autres, elle n'est qu'une autorisation toujours révocable de séjour, donnant des droits particuliers, plaçant dans une situation préférable à celle des étrangers ordinaires [1]. En présence de ce doute, il est de jurisprudence que la *denization* n'entraîne pas, pour le français qui l'obtient, déchéance de la nationalité française. Il en est de même des lettres de bourgeoisie que délivrent certains pays et certaines villes [2].

Telle est l'hypothèse que vise le 1° de l'article 17. En cela,

1. Aubry et Rau, I, p. 268.
2. Paris, 27 juillet 1859, D. P. 1859. II. 179, Sir. 1859. II. 677, — Cass. 16 février 1875, D. P. 1876. I. 49, Sir. 1875. I. 193 (note de M. Labbé). Voy. Weiss, *op. laud.*, I, p. 448 et 449.

il reproduit le texte ancien ; mais il ajoute à ce propos deux dispositions.

a) Le second alinéa du 1° (rédaction de 1889) introduit une restriction inconnue auparavant ; il subordonne, dans un cas, la dénationalisation du français naturalisé à l'étranger à une autorisation du Gouvernement français. C'est dans le cas où, par son âge, le français est encore soumis au service militaire dans l'armée active. Le texte vise ceux qui quittent la France pour se soustraire au service militaire et s'exprime ainsi : « Si le français naturalisé à l'étranger est « encore soumis aux obligations militaires pour l'armée ac« tive, la naturalisation à l'étranger ne fera perdre la qua« lité de français que si elle a été autorisée par le Gouverne« ment français. » Par *obligations militaires pour l'armée active* il faut entendre l'obligation de servir dans l'armée active proprement dite et dans la réserve de l'armée active. Or le service dans l'armée active et la réserve de l'armée active dure treize ans (Lois du 15 juillet 1889 et du 19 juillet 1892).

Il faut conclure de là :

1° Que les hommes de vingt à trente-trois ans ne peuvent se faire naturaliser à l'étranger qu'après autorisation, à moins d'avoir été réformés, c'est-à-dire libérés de toute obligation militaire. A défaut d'autorisation préalable, le décret de 1811 prononçait des peines proprement dites ; l'article 17 actuel tient seulement la naturalisation comme non avenue, d'où le service militaire reste dû et le français, quoique naturalisé à l'étranger, reste justiciable de la loi française pour refus de service.

2° Que les mineurs ont toujours besoin de l'autorisation, car, tant qu'ils n'ont pas satisfait à la loi, ils sont soumis aux obligations qui en résultent et se trouvent, par conséquent, dans la situation prévue par le second alinéa de l'article 17 (rédaction de 1889). Cette solution, d'ailleurs, suppose résolue la question préjudicielle de savoir si un mineur peut perdre la qualité de français par une naturalisation acquise à l'étranger. Il a été de principe, avant la loi de 1889, que les mineurs ne peuvent pas perdre la nationalité française. C'est là, disait-on, un acte si grave qu'on peut l'admettre seulement de la part de ceux qui ont plein discernement et pleine disposition d'eux-mêmes. C'est pour cela que la loi n'admet la na-

turalisation en France des étrangers que s'ils sont majeurs; d'où réciproquement la dénationalisation n'est possible que dans les mêmes conditions. Si on admet cette manière de voir, la nécessité de l'autorisation prévue par l'article 17, 1° alinéa 2 (rédaction de 1889) ne saurait s'appliquer aux mineurs, puisqu'ils sont incapables comme tels de perdre la nationalité française. Il faut noter, d'ailleurs, que l'article 17, 1°, n'établit pas de distinction entre majeurs et mineurs au point de vue de la perte de la nationalité française[1].

b) Le premier alinéa *in fine* du nouvel article 17 (rédaction de 1889) introduit une autre modification au droit antérieur. Il assimile, quant à la dénationalisation qui en découle, la naturalisation à l'étranger résultant de l'effet direct de la loi, que nous appelons chez nous naturalisation de faveur, à la naturalisation proprement dite, nommée chez nous naturalisation ordinaire par décret; mais à une condition : il faut qu'elle ait lieu sur la demande du français, sans quoi il reste français aux yeux de la loi française, bien que naturalisé à l'étranger. C'est très juste : on ne peut encourir de déchéance que pour un fait volontaire.

Jusqu'ici le texte est très clair. Mais avant de parler du cas où un français obtient, sur sa demande, une naturalisation de faveur à l'étranger, l'article 17,1° parle du cas où un français obtient à l'étranger une naturalisation ordinaire. Or, dans ce cas, le texte ne subordonne pas la perte de la nationalité française à la condition que la naturalisation ait été demandée par le français. Faut-il suppléer au silence du texte et décider que la déchéance n'a lieu, dans les deux cas, que si le français a demandé la naturalisation ? Faut-il, au contraire, prendre le texte à la lettre et décider que la déchéance a toujours lieu quand il s'agit d'une naturalisation

1. La jurisprudence, tant antérieure que postérieure à la loi de 1889, a paru quelquefois admettre la possibilité pour un mineur de perdre la nationalité française. On lit dans un arrêt de Cassation du 26 février 1890 (D. P. 1890. I. 325) : la naturalisation à l'étranger, d'où résulte la perte de la qualité de français, est valable, bien qu'elle ait été réalisée par un français encore mineur selon la loi française, « si, après l'âge de vingt et un ans, il a renouvelé la ma- « nifestation de sa volonté et s'il lui en a été donné acte par l'autorité étrangère ». Mais ce n'est là qu'une apparence, car la naturalisation résulte alors, d'après les arrêts eux-mêmes, de la déclaration faite *en majorité* et c'est à la date de cette déclaration que le changement de nationalité se produit. Voy. Weiss, *op. laud.*, I, p. 433 et 434 et les arrêts cités en note, — Le Sueur et Dreyfus, *op. laud.*, p. 181.

ordinaire, que celle-ci ait été sollicitée par le français ou bien imposée ou octroyée spontanément, comme cela arrive quelquefois à titre d'honneur ? Sans doute le texte semble impliquer cette distinction, mais on n'aperçoit pas quelle pourrait être la raison de la différence ainsi faite entre la naturalisation ordinaire et la naturalisation de faveur. Le bon sens commande de les assimiler et il faudrait une expression plus nette de la volonté du législateur pour l'emporter à cet égard sur le bon sens [1].

Quand elle est encourue pour cette première cause, la déchéance, bien entendu, est individuelle dans ses effets ; encourue par un chef de famille, elle ne s'étend ni à l'épouse, ni aux enfants même mineurs [2]. Il est vrai que quand un étranger obtient la naturalisation en France cette naturalisation s'étend à ses enfants mineurs (article 12,3°) ; seulement ici la situation est autre : il ne s'agit plus de l'extension d'un bienfait, mais d'une déchéance personnelle. Peu importe d'ailleurs à cet égard qu'il s'agisse d'une naturalisation ordinaire ou d'une naturalisation de faveur.

2e Cause. — Perdent la qualité de français, dit l'article 17 (rédaction de 1889) : « 2° le français qui a décliné la nationa-« lité française dans les cas prévus au paragraphe 4 de l'arti-« cle 8 et aux articles 12 et 18. » Aux termes de ce texte, la nationalité française se perd par l'exercice de la faculté de répudiation, mais cette faculté n'est pas illimitée ; les français ne peuvent répudier leur nationalité que dans les cas où la loi autorise les déclarations d'extranéité. Or elle les prévoit et par là les autorise dans trois cas.

1° Dans le cas prévu par l'article 8 (rédaction de 1889), 2e partie, 4°. L'individu né en France d'un étranger né à l'étranger et qui est domicilié en France à l'époque de sa majorité est français, à moins qu'il ne décline la qualité de français dans les conditions qui sont indiquées au texte et qui ont été relevées plus haut.

2° Dans le cas prévu par l'article 12, 3° (rédaction de 1889). Les enfants mineurs d'un étranger naturalisé français sont

1. *Secus* Douai 14 décembre 1881, Sir. 1884. II. 1 (note de M. Esmein).

2. Le Sueur et Dreyfus, *op. laud.*, p. 185 et 186, — Weiss, dans l'*Annuaire de législation française*, 1890, p. 131, note 1, — Chambéry 27 août 1877, D. P. 1878. II. 184, Sir. 1878. II. 15.

français, à moins qu'ils ne déclinent la qualité de français dans les mêmes conditions qu'au cas précédent.

3° Dans le cas prévu par la troisième phrase de l'article 18 (rédaction de 1889). Les enfants mineurs d'un ex-français réintégré dans la nationalité française deviennent français, à moins qu'ils ne déclinent la qualité de français, toujours dans les mêmes conditions.

Tels sont les seuls cas dans lesquels la loi admet les français à répudier leur nationalité. L'article 17 est formel; c'est d'ailleurs conforme à la doctrine traditionnelle. En conséquence, la simple abdication de la qualité de français ne ferait pas perdre cette qualité; c'est un acte que la loi française ne reconnaît pas, dont elle ne tient pas compte.

La perte de la qualité de français est personnelle quand elle résulte d'une déclaration d'extranéité comme quand elle résulte d'une naturalisation acquise à l'étranger. La raison est la même dans les deux cas.

3e Cause. — Perdent la qualité de français, dit l'article 17 (rédaction de 1889): « 3° le français qui, ayant accepté des fonc-« tions publiques conférées par un gouvernement étranger, « les conserve nonobstant l'injonction du Gouvernement « français de les résigner dans un délai déterminé. »

D'après l'ancien article 17, c'était l'acceptation non autorisée de fonctions publiques étrangères qui entraînait la dénationalisation. Il en est autrement aujourd'hui. L'acceptation par elle-même n'a pas cet effet et reste libre ; il faut, pour qu'il y ait dénationalisation, que le français, devenu fonctionnaire étranger, ait refusé de résigner ses fonctions. Le même esprit se retrouve toujours dans la loi nouvelle; elle élargit la nationalité d'origine, facilite la naturalisation et se montre plus circonspecte quant aux causes de dénationalisation. C'est au Gouvernement d'apprécier si les devoirs professionnels ou politiques assumés à l'étranger sont inconciliables avec la nationalité française. Jusqu'à intervention de sa part, il n'y a pas incompatibilité ; s'il intervient et que son ordre ne soit pas exécuté, il y a une désobéissance grave qui marque des sentiments anti-français.

Cette nouvelle forme donnée à l'article 17, 3° écarte en grande partie une difficulté qu'amenait l'ancien texte. D'après lui, l'acceptation non autorisée de fonctions publiques étrangères emportait la dénationalisation. Pour que la dé-

chéance fût encourue, il fallait qu'il s'agît d'une *fonction publique*. Qu'est-ce au juste ? En général, le nom de *fonctions publiques* est réservé aux fonctions qui donnent une participation à l'exercice des pouvoirs publics, donc du pouvoir politique, administratif ou judiciaire. C'est ce que décidait le décret du 6 avril 1809, dont il sera question plus loin à propos des articles 20, 22 et 27. Mais la pratique a toujours eu une propension à étendre, en cette matière, le sens naturel des mots *fonctions publiques*. Ainsi le décret du 7 janvier 1808 étend l'application de l'article 17 à la collation d'un évêché *in partibus* faite par le Pape. Ainsi encore un avis du Conseil d'Etat du 21 janvier 1812, datant de l'époque où ces avis rentraient dans les sources du droit positif, assimile aux fonctions publiques proprement dites tout service près de la personne d'un prince étranger et toute fonction dans l'administration d'un pays étranger.

Ces distinctions avaient leur importance quand c'était l'acceptation même de la fonction qui entraînait la dénationalisation ; désormais, c'est seulement le refus d'obtempérer à l'injonction du Gouvernement et elles en ont beaucoup moins. Toutefois, en cas de désaccord, il y aurait lieu de se pourvoir devant les juridictions compétentes. La question de savoir quelles fonctions doivent être considérées comme publiques est une question à résoudre d'après les lois constitutionnelles et administratives.

4ᵉ Cause. — Perdent la qualité de français, dit l'article 17 (rédaction de 1889) : « 4° le français qui, sans autorisation du « gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, sans « préjudice des lois pénales contre le français qui se soustrait « aux obligations de la loi militaire. » L'engagement sans autorisation au service militaire d'une nation étrangère est donc une cause de déchéance de la nationalité française, déchéance absolument personnelle d'ailleurs, comme toutes les déchéances le sont. La loi française n'admet dans l'armée française que des français ; il est naturel qu'elle n'admette pas, du moins en général, que des français conservent leur qualité quand ils servent à l'étranger.

Plusieurs remarques doivent être faites à cet égard.

1° Le fait prévu est la prise de service militaire à l'étranger, c'est-à-dire l'affiliation au service d'une puissance étrangère ; d'où il résulte que l'incorporation dans la garde

bourgeoise d'une ville étrangère ne suffirait pas, de même que l'incorporation dans les rangs d'une insurrection, à la suite d'un mouvement populaire ou d'un prétendant[1].

2° L'engagement à l'étranger n'entraîne perte de la qualité de français qu'autant qu'il a été contracté en majorité. C'est au moins de jurisprudence[2]. Le fait est trop grave pour que les mineurs en soient tenus pour responsables.

3° Une autorisation est possible, comme le prévoit l'article 17. Tantôt elle est individuelle, tantôt elle est collective[3].

4° La prise de service à l'étranger n'a pas seulement des effets civils quant à la nationalité . Elle devient un délit si le français se soustrait au service qu'il doit à la France ; c'est ce que prévoit l'article 17, 4°, dernière phrase. Elle devient un crime si le français porte les armes contre son pays (art. 75 C. pén.). L'autorisation de prendre du service à l'étranger, qui met le français à l'abri de la déchéance de l'article 17, le met-elle aussi à l'abri des pénalités encourues par ceux qui ne remplissent pas leurs devoirs militaires ? Non manifestement, car le Gouvernement n'a pas le droit de dispenser du service militaire en dehors des cas prévus par la loi.

5e Cause. — Elle est spéciale à la femme ; c'est son mariage avec un étranger. « La femme française qui épouse un « étranger, dit l'article 19 (rédaction de 1889), suit la condi- « tion de son mari. » C'est la contrepartie de l'article 12, aux termes duquel « l'étrangère qui aura épousé un français sui- « vra la condition de son mari ». Les deux dispositions s'expliquent par les mêmes raisons.

L'ancien article 19 (rédaction de 1804) contenait seulement la phrase qui vient d'être citée[4] ; le nouvel article (rédaction de 1889) ajoute ce qui suit : « A moins que son mariage « ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas « elle reste française. » Ainsi, d'après la loi anglaise, l'étrangère qui épouse un anglais ne devient pas anglaise. Donc

1. Trib. de la Seine 19 juillet 1884 (Journal *La loi*, 9 septembre 1884), — Cass. 30 avril 1890, D. P. 1892. I. 363. — Voy. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, I, p. 484 et suiv.

2. Aubry et Rau, I, p. 270.

3. Comme exemple d'autorisation collective, on peut citer le décret des 28 août-13 septembre 1866, concernant les français faisant partie de la Légion romaine.

4. Il la présentait sous une forme à peine différente : « Une femme française qui épousera un étranger suivra la condition de son mari. »

le mariage d'une française avec un anglais ne lui fait pas perdre sa nationalité. C'est toujours la même préoccupation constante : éviter de faire des gens sans patrie.

Bien entendu, la dénationalisation d'une française, dans le cas prévu par l'article 19, est personnelle à cette femme et ne s'étend pas à ses enfants mineurs.

6e Cause. — Elle est, comme la suivante, en dehors du Code civil et consiste dans la participation directe ou indirecte à tout trafic d'esclaves.

Il a été rappelé précédemment que l'esclavage a existé dans les colonies françaises jusqu'en 1848 ; aboli par les lois du 16 pluviôse an II (4 février 1794) et du 22 germinal an II (11 avril 1794), puis rétabli par la loi du 30 floréal an X (20 mai 1802), il a été aboli définitivement par les décrets des 4-6 mars et des 27 avril-3 mai 1848, confirmés par l'article 6 de la Constitution du 4 novembre 1848. Depuis lors, il n'y a plus d'esclaves en terre française.

Mais l'esclavage existe encore dans certaines contrées et c'est en vue de ces contrées que statue l'article 8 du décret du 27 avril 1848 : « A l'avenir, même en pays étranger, il est « interdit à tout français de posséder, d'acheter ou de vendre « des esclaves et de participer, soit directement, soit indirec- « tement, à tout trafic de ce genre. Toute infraction à ces « dispositions entraînera la perte de la qualité de citoyen « français. » Déjà la loi du 4 mars 1831 avait prononcé des peines pouvant aller jusqu'aux travaux forcés contre les français se livrant à la traite des nègres. En 1848, on considéra qu'il y a dans ce fait une telle opposition avec nos mœurs que la perte de la qualité de français doit en résulter. La loi française désavoue et répudie tout homme qui fait de son semblable un objet de commerce et de lucre. Le décret du 27 avril 1848 n'a pas d'ailleurs aboli les peines prononcées par la loi du 4 mars 1831 ; les deux dispositions se complètent l'une l'autre [1].

Cette disposition du décret de 1848 s'est heurtée à bien des résistances de la part des propriétaires d'esclaves ; le législateur a reculé et il n'est pas sans intérêt de faire connaître dans quelles circonstances.

L'article 8 du décret du 27 avril 1848 contient, à la suite de

1. Cass. 11 février 1881, D. P. 1881. I. 332, Sir. 1882. I. 433.

l'alinéa déjà cité, un second alinéa dont voici le texte : « Néan-
« moins, les français qui se trouveront atteints par ces prohi-
« bitions au moment de la promulgation du présent décret,
« auront un délai de trois ans pour s'y conformer. Ceux qui
« deviendront possesseurs d'esclaves en pays étrangers, par
« héritage, don ou mariage, devront, sous la même peine, les
« affranchir ou les aliéner dans le même délai, à partir du jour
« où leur possession aura commencé. » Les français qui possédaient des esclaves au moment de la promulgation du décret avaient donc trois ans pour les aliéner ou les affranchir. Quand vint l'expiration du délai, le nombre des propriétaires qui ne s'étaient pas mis en règle était si grand qu'on recula à les perdre comme nationaux français ; une loi des 11-15 février 1851 porta le délai à dix ans au lieu de trois. Le nouveau délai vint à expiration le 28 avril 1858. Le nombre des réfractaires était tel que la loi des 28 mai-6 juin 1858 modifia l'alinéa 2 de l'article 8 du décret de 1848 : « Le présent article
« n'est pas applicable aux propriétaires d'esclaves dont la
« possession est antérieure au 27 avril 1848, ou résulterait
« soit de succession, soit de donation entre vifs ou testamen-
« taire, soit de conventions matrimoniales. » La seule chose qui restât défendue était donc l'achat volontaire d'esclaves.

Ce sont là des lois singulièrement graves, qui marquent une réaction inattendue. Sans doute le décret du 27 avril 1848 a causé quelque trouble par sa brusque application, mais il a eu un mérite, celui d'en finir avec la plaie de l'esclavage. Il y a des abus que l'on n'atteint jamais quand on transige, qu'on atteint seulement par des mesures radicales. On a reculé devant l'application de l'article 8 par respect pour les droits antérieurs ; mais n'est-ce pas ici le cas de répéter qu'il n'y a pas de droits contre le droit ? Le vrai motif de la réaction est indiqué par l'exposé des motifs de la loi de 1858, lequel signale l'existence en Amérique de plus de vingt mille français propriétaires d'esclaves. Leur résistance a fait reculer le législateur ; ils ont bravé la menace de perdre la qualité de français et ils ont fini par triompher ; les restrictions apportées après coup à la règle l'ont paralysée, car il est facile de l'éluder en alléguant que la propriété de l'esclave a son origine dans l'un des trois modes d'acquisition qui restent permis : succession, donation entre vifs ou testamentaire et conventions matrimoniales.

7e Cause. — Elle réside dans la séparation d'une partie du territoire de la France. C'est la réciproque de l'acquisition de la qualité de français par incorporation de territoire ; mêmes raisons, mêmes considérations. Dans ce cas, la dénationalisation n'est pas individuelle, comme dans les cas précédents ; elle est collective et se produit en bloc pour tous les habitants du territoire distrait, qu'ils soient originaires, c'est-à-dire nés sur le sol, ou qu'ils y soient domiciliés au moment de la séparation.

Ici encore, au moins quand la séparation s'accomplit par traité, de même qu'en cas d'annexion, on reconnaît aux habitants du territoire séparé, originaires et domiciliés, la faculté de conserver leur nationalité antérieure, au moyen d'une déclaration expresse.

Il faut noter à ce propos une loi qui date des plus tristes jours de notre histoire : celle du 14 octobre 1814, relative aux habitants des provinces réunies à la France depuis 1791 et qui lui furent alors arrachées. Elle règle pour eux le moyen de conserver la qualité de français malgré la disjonction de territoire et fait à ce propos d'assez nombreuses distinctions, qui ne présentent plus qu'un intérêt historique, car cette loi a été abrogée par l'article 4 de la loi du 3 décembre 1849.

Il faut noter en outre le traité de Francfort, du 10 mai 1871, qui a séparé de nous nos compatriotes d'Alsace et de Lorraine. L'article 2 réserve expressément le droit d'option : « Les « sujets français originaires des territoires cédés ou actuel« lement domiciliés sur ces territoires qui entendront con« server la nationalité française, jouiront jusqu'au 1er octo« bre 1872, et moyennant une déclaration préalable faite à « l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur do« micile en France et de s'y fixer, sans que ce droit puisse « être altéré par les lois sur le service militaire, auquel cas « la qualité de citoyen français leur sera maintenue. » Le terme a été prorogé jusqu'au 1er octobre 1873 par l'article 1 de la convention additionnelle du 11 décembre 1871.

L'exercice du droit d'option réservé par le traité de 1871 a donné lieu et donne lieu chaque jour encore à de nombreuses questions, relatives aux conditions dans lesquelles le droit d'option a pu être exercé, aux effets et conséquences de l'option faite. Ces questions sont d'ordre spécial et ne sau-

raient ici faire l'objet d'une étude complète [1]. Il suffit d'en signaler une, qui est d'ordre général.

Depuis le 1er octobre 1873, le droit d'option réservé par l'article 2 du traité de 1871 a cessé de pouvoir être exercé; les alsaciens-lorrains qui n'ont pas opté en temps utile et ont cessé par là même d'être français ne peuvent plus le redevenir que par application du droit commun. Ils le peuvent très certainement par la naturalisation ordinaire, mais la question s'est posée de savoir s'ils peuvent invoquer l'article 18, qui permet aux ex-français de recouvrer leur nationalité ancienne sans remplir les conditions exigées pour la naturalisation ordinaire. La question présentait un intérêt considérable avant 1889 ; non seulement, en effet, l'ex-français pouvait être réintégré sans admission préalable à domicile ni stage, mais il pouvait l'être, quand il résidait en France, par simple déclaration de volonté, l'autorisation gouvernementale n'étant exigée que quand il résidait hors de France (article 18, rédaction de 1804). Depuis 1889, l'intérêt de la question est moindre, mais non pas nul, car, si le nouvel article 18 exige dans tous les cas un décret de réintégration, il n'exige ni admission préalable à domicile ni stage. Les alsaciens-lorrains peuvent-ils, aujourd'hui encore, redevenir français dans ces conditions ?

On pouvait en douter, car cela aurait pu être regardé comme une prolongation du droit d'option, lequel avait été resserré dans des limites précises. Après quelques hésitations, la pratique s'est formée dans le sens le plus favorable ; de nombreuses déclarations en exécution de l'article 18 ont été faites depuis 1873 et sont encore reçues. C'est qu'en effet autre chose est le droit d'option du traité de 1871, droit spécial qui n'a pu être exercé que dans les limites tracées par le traité, autre chose la naturalisation par réintégration de l'article 18. Le bénéfice du droit commun, qui peut toujours être invoqué avec l'étendue que lui donne l'article 18, n'a pas été retiré aux alsaciens-lorrains. On ne peut pas leur contester la qualité d'ex-français ; d'où, quoique n'ayant plus le droit d'option en vertu du traité, ils ont toujours le bénéfice de la naturalisation de faveur, en vertu de l'article 10.

1. Voy. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, I, p.556 et suiv.

42. Telles sont les causes qui peuvent entraîner la perte de la qualité de français et ce sont les seules.

Reste une question sur ce sujet : quelle est la situation faite aux ci-devant français, aux français qui ont cessé de l'être ? Il faut se garder d'une induction qu'autorise en apparence la rubrique de la section première du chapitre II, au titre premier du livre I : *De la privation des droits civils par la perte de la qualité de français.* Est-il vrai que les ex-français soient, aux yeux de la loi française, privés de tous droits civils ? Nullement. Ils sont seulement mis dans la même situation que les étrangers et nous verrons plus loin que les étrangers ont en France à peu près les mêmes droits civils que les français. Les ex-français sont donc purement et simplement assimilés aux étrangers ; voilà la règle. Il n'y a, entre eux et les autres étrangers, qu'une différence et elle leur est favorable : il leur est plus facile qu'aux étrangers d'origine de devenir français. En effet, les articles 18, 19 et 21 (rédaction de 1889) organisent à leur profit la naturalisation par voie de réintégration.

Jusqu'à la loi de 1889, il y a eu entre eux et les autres étrangers une seconde différence et celle-là leur était défavorable : quoique devenus étrangers, il leur était interdit, sous peine de crime, de porter les armes contre la France. C'est au moins ce que décidait le décret du 6 avril 1809, qui contient des dispositions nombreuses relatives aux français établis à l'étranger, notamment en ce qui concerne la conduite qu'ils doivent tenir au cas de déclaration de guerre entre la France et le pays où ils sont. Le décret édicte des peines sévères en cas d'infraction aux règles qu'il énonce. C'est un document important, bien caractéristique de l'époque où il apparut [1]. L'article 3 concerne les ex-français ; il décide que les ex-français sont passibles des mêmes peines que les français proprement dits s'ils enfreignent les règles édictées relativement à la conduite que doivent tenir les français résidant à l'étranger au cas de guerre entre la France et le pays où ils résident. C'est une disposition dont la légitimité est contestable ; en effet, une fois qu'un individu a cessé d'être

1. Du décret de 1809 il faut rapprocher celui du 26 août 1811 (art. 5 et 13), puis compléter ces deux décrets par deux avis du Conseil d'Etat, en date des 21 janvier et 22 mai 1812, réglant un certain nombre de questions relatives à l'application des deux décrets.

français, il échappe et doit échapper à la loi française pour les faits commis par lui à l'étranger. Aussi bien la question n'offre plus qu'un intérêt historique, puisque la loi de 1889 (art. 6) a abrogé le décret de 1809.

Donc, à l'heure actuelle, la situation des ex-français est identique à celle des autres étrangers ; une seule différence les sépare : les ex-français peuvent être réintégrés dans la nationalité française. Mais à quels étrangers les ex-français sont-ils assimilés ? Tous les étrangers n'ont pas, au regard de la loi française, la même situation ; en effet, la situation des étrangers peut être variable par suite des traités passés entre la France et les pays étrangers (article 11). Quelle nationalité ont les ex-français ? Quelquefois ce n'est pas douteux, quand la perte de la nationalité française est corrélative à l'acquisition d'une nationalité étrangère ; il faut observer qu'il en sera désormais ainsi le plus souvent, la loi de 1889 ayant été faite précisément pour mettre obstacle au développement de l'*heimathlosat*. D'autres fois au contraire le doute existe et c'est une hypothèse qui continuera de se produire malgré les efforts qu'a faits le législateur de 1889. Il est facile de comprendre comment l'hypothèse peut se produire. La perte de la nationalité française est réglée par la loi française, l'acquisition de la nationalité étrangère par la loi étrangère et il est très possible que le fait qui entraîne perte de la première nationalité d'après la loi française n'entraîne pas acquisition de la seconde d'après la loi étrangère : l'ex-français alors n'a pas de nationalité. Inversement il peut arriver que la même personne ait plusieurs nationalités ; c'est le cas du français qui est naturalisé à l'étranger sans l'avoir sollicité et qui dès lors conserve la nationalité française en même temps que la nouvelle nationalité par lui acquise (article 17, 1°, rédaction de 1889). *Heimathlosat*, cumul de nationalités : autant de causes de difficultés et de conflits. Les questions de cet ordre sont absolument spéciales et ne peuvent être ici l'objet que d'une simple indication, car elles appartiennent en propre au droit international privé.

CHAPITRE II

DE LA CONDITION DES FRANÇAIS QUANT A LA JOUISSANCE ET A LA PRIVATION DES DROITS.

43. La règle est à la fois simple et très générale : le français, en sa seule qualité de français, a la plénitude de la capacité légale. C'est ce qu'entend exprimer l'article 8 dans l'alinéa qui forme sa première partie[1] : « Tout français jouira des « droits civils. » Par français, comme toujours dans les textes, il faut entendre le français des deux sexes, l'homme et la femme. D'autre part, il faut observer que le français n'a pas seulement la jouissance des droits civils, comme le dit l'article 8, mais encore l'exercice de ces mêmes droits. Jouir d'un droit, c'est en être investi : la jouissance d'un droit est le fait d'avoir aptitude à recueillir les avantages de ce droit ; exercer un droit, c'est le mettre en œuvre, faire les actes par lesquels on l'utilise et l'aliène : l'exercice d'un droit est l'action de le faire valoir, d'en user.

Donc tout français a la jouissance et l'exercice des droits reconnus par la loi. Cette règle comporte une double réserve : 1° pourvu qu'il réunisse, quant à chacun d'eux, les conditions spéciales auxquelles le bénéfice en est subordonné, — 2° à moins qu'il n'ait encouru quelque incapacité ou quelque déchéance et par suite n'en soit privé.

Dès lors, pour donner à la règle tout son développement, il importe de rechercher : 1° quels sont les droits que le français a ou peut avoir et à quelles conditions chacun d'eux est subordonné, — 2° en quel sens et comment il peut en être privé.

1. Cette partie était la seule avant la loi de 1889, qui, nous l'avons vu, a considérablement allongé l'article 8 en y insérant les règles relatives à la nationalité d'origine et à la naturalisation. Voy. *suprà*, p. 20, note 1.

SECTION I. — Des droits que les français ont ou peuvent avoir.

44. Il serait inutile et prématuré d'en faire ici l'énumération. Elle se fera peu à peu ; tout le Code civil y est consacré. Mais il est possible au moins de les classer par espèces. Il est utile de le faire ; en effet, les modifications qu'apportent aux droits des personnes les divers états qu'elles peuvent occuper, les incapacités ou déchéances qu'elles peuvent encourir, ne portent pas, en général au moins, sur tel ou tel droit isolé, mais sur des catégories de droits ; d'où, pour établir l'influence des incapacités ou déchéances encourues, il importe de connaître sinon les divers droits pris isolément, au moins les diverses espèces ou classes de droits.

Parmi les classifications possibles, il en est une qui est traditionnelle et légale ; c'est celle qui divise les droits en deux classes : droits politiques et droits civils.

La rubrique du titre premier du livre I, comme aussi les rubriques des chapitres et sections contenus dans ce titre et les articles eux-mêmes, visent les droits civils, ce qui implique, toute qualification impliquant une distinction, qu'il existe d'autres droits que les droits civils. Ce sont précisément les droits politiques. L'antithèse ressort d'ailleurs nettement de l'article 17, le seul du Code où il soit fait mention formelle des droits politiques. « L'exercice des droits « civils, dit ce texte (rédaction de 1889), est indépendant de « l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et « se conservent conformément aux lois constitutionnelles « et électorales. » Cela veut dire que les droits, soit civils, soit politiques, sont soumis chacun, quant à leur exercice, à des conditions qui leur sont spéciales ; ce sont les lois civiles qui règlent la jouissance et l'exercice des droits civils, les lois politiques (constitutionnelles ou électorales) qui règlent la jouissance et l'exercice des droits politiques. La formule serait presque une naïveté, si le texte n'avait pour but de marquer précisément l'antithèse des droits civils et politiques.

Reprenons ces deux sortes de droits.

I. *Les droits politiques.*

45. Leur caractère distinctif est très apparent. Ce sont ceux qui consistent, pour les particuliers, dans la participation à l'exercice de l'autorité publique et des pouvoirs qui la représentent; ce sont ceux par lesquels les particuliers prennent part, directement ou indirectement, au gouvernement du pays. Ils se résument dans le droit d'élire et d'être soit élu, soit nommé aux fonctions publiques, celles par lesquelles on participe aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Les particuliers participent au pouvoir législatif par l'électorat, droit d'élire, par l'éligibilité, droit d'être élu et de siéger aux assemblées nationales, départementales et communales : Parlement, conseils généraux, conseils municipaux. Ils participent au pouvoir judiciaire par les fonctions de juré, de juge, d'arbitre, etc. Ils participent au pouvoir exécutif par les charges ou fonctions qui existent à tous les degrés de la hiérarchie administrative.

Ce sont là les droits politiques proprement dits.

On y assimile traditionnellement quelques droits qui, quoique ne consistant pas à vrai dire dans une participation au gouvernement, sont considérés comme formant une dépendance de la capacité politique : droit d'être témoin dans les actes authentiques, car c'est exercer un droit d'ordre politique que concourir à donner l'authenticité à un acte, droit de servir dans l'armée française, d'exercer la profession d'avocat, etc. Il en est d'autres sur le caractère desquels il peut y avoir doute, notamment les fonctions de tutelle ; être tuteur, subrogé-tuteur, membre d'un conseil de famille, sont-ce là des droits politiques ou des droits civils ? La question sera traitée plus tard ; il faut, pour l'instant, s'occuper seulement des droits qui sont ou des droits politiques ou des dépendances incontestées de la capacité politique.

On les appelle souvent droits de garantie et la dénomination est expressive parce que ces droits n'ont aucune valeur en eux-mêmes ; ils n'en ont que comme garantie des autres. Les seuls droits ayant une valeur propre sont les droits civils ; leur possession assurée constitue la liberté civile. Quant aux droits politiques, dont la jouissance reconnue et assurée constitue la liberté politique, ils n'ont de valeur que

comme moyen d'assurer la conservation et la jouissance des premiers, en d'autres termes comme garantie ; ils ne sont pas un but par eux-mêmes, mais seulement un moyen. L'expérience a montré que l'Etat peut devenir envahisseur, qu'il peut aller jusqu'à absorber l'individu ; la crainte des abus rend la défiance légitime ; les particuliers participent à l'exercice de l'autorité afin qu'elle ne dévie pas de sa mission et n'agisse que conformément à l'intérêt commun. De là les droits politiques. Il en résulte qu'ils sont moins des droits, au sens exact du mot, que des fonctions sociales exercées dans l'intérêt commun [1]. Etre juré, par exemple, n'est pas un droit mais une fonction sociale, si bien que celui qui s'y refuse est passible d'une amende et tel est le caractère commun de tous les droits politiques.

46. Le point de vue général est autre de nos jours ; on voit en eux des droits et la question se pose alors de savoir à quelles conditions les français en ont la jouissance et l'exercice.

L'article 7 ne dit à cet égard qu'une chose : c'est que ce point est réglé par les lois constitutionnelles et électorales, c'est-à-dire par les lois politiques. Cela est vrai pour chacun des droits politiques pris isolément ; les lois constitutionnelles et électorales règlent à quelles conditions chacun de ces droits (électorat, éligibilité, etc.) est subordonné. Mais, indépendamment des conditions d'exercice spéciales à chaque droit politique, c'est une question de savoir si les droits politiques, en général et pris en bloc, ne correspondent pas à un état particulier, à une qualité juridique dont ils seraient l'apanage : la qualité de citoyen. La qualité de français suffirait à donner la jouissance des droits civils (article 8, 1re partie) ; à celle de citoyen seraient inhérents les droits politiques.

L'ancien article 7 (rédaction de 1804) constatait explicitement l'existence légale de cette qualité de citoyen, distincte de la qualité de français et formant un état particulier : « L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité « de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que « conformément à la loi constitutionnelle. » L'article 8 porte à son tour que « tout français jouira des droits civils ». Du rapprochement des articles 7 et 8 résultait l'existence des deux qualités distinctes de français et de citoyen.

1. Voy. Courcelle-Seneuil, *Etudes sur la science sociale*, p. 229 et s.

L'article 7 nouveau (rédaction de 1889) est tout autre. Le législateur de 1889 a effacé et voulu effacer la dénomination de citoyen. Le texte actuel dit seulement que les conditions d'exercice des droits politiques sont réglées par les lois constitutionnelles et électorales. Il n'en est pas moins vrai, si le mot n'est plus dans l'article 7, qu'il existe dans la langue française et est employé dans d'autres textes. Le citoyen est le français considéré au point de vue des droits politiques. C'était avant la loi de 1889 et c'est encore une question de savoir en quoi consiste, d'où résulte cette qualité de citoyen et si elle constitue un état particulier, distinct, d'où dépendent les droits politiques. Ce point est très obscur dans l'état de nos lois.

Il y a une classe de français à propos desquels la distinction des deux qualités, l'une conférant la capacité civile ou l'aptitude à jouir des droits civils, l'autre conférant la capacité politique ou l'aptitude à jouir des droits politiques, est nettement établie : ce sont les indigènes algériens. Les actes qui règlent leur condition ont été cités précédemment à propos de la naturalisation : le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 et deux décrets du 24 octobre 1870. Il résulte de ces actes que les indigènes algériens sont français depuis la conquête ; donc, sous réserve des particularités tenant à la législation coloniale et qu'il est inutile de relever ici, ils jouissent des droits civils et échappent aux mesures prises ou autorisées en matière civile contre les étrangers. C'est l'application directe de l'article 8 (1re partie). Sont-ils citoyens, ou, en d'autres termes, ont-ils les droits politiques ? La question est autre. Ils n'étaient pas citoyens d'après le sénatus-consulte de 1865 ; les indigènes algériens n'acquéraient l'aptitude aux droits politiques que par la naturalisation, qui pour eux, sous l'empire du sénatus-consulte, fut un moyen non de devenir français, mais d'acquérir la qualité de citoyen. Les décrets du 24 octobre 1870 ont changé cela en partie ; les indigènes israélites ont reçu collectivement la qualité de citoyen, par conséquent les droits politiques, et les indigènes musulmans continuent à n'acquérir cette qualité que par la naturalisation. La distinction, quant à ceux-ci, est donc très nette et les deux qualités de français et de citoyen sont séparées.

La distinction, qui est formelle dans ce cas, existe-t-elle

aussi pour la France continentale? C'est au moins très douteux et il est vraisemblable que non. Ce point demande quelques explications, car la solution de maintes questions pratiques en dépend.

47. La distinction existait incontestablement en 1804; de là l'ancien article 7, qui opposait la qualité de français, d'où dérivent les droits civils, à la qualité de citoyen, d'où dérivent les droits politiques. Mais les lois ultérieures ont effacé la distinction; on peut le soutenir du moins. L'article 7 ancien visait dès lors un état de choses disparu et le législateur de 1889 a été bien avisé d'écarter un mot qui, en droit, ne correspondait plus à un état particulier. C'est un point d'histoire curieux et qui conserve, on va le voir, une importance pratique actuelle.

Si on remonte en arrière, on constate que dans l'ancienne France le mot citoyen n'avait pas de sens précis et était d'ailleurs peu usité. Tout membre de la nation était citoyen; les mots *français* et *citoyen* étaient synonymes. C'est seulement après 1789, quand la participation des particuliers à la gestion des affaires publiques devint régulière et permanente, que les deux mots furent séparés comme exprimant deux qualités différentes.

On distingua d'abord deux sortes de français, ou de citoyens, puisque traditionnellement les deux mots étaient synonymes. Alors s'introduisit dans l'usage une locution qui est restée usitée pendant quelque temps, celle de *citoyen actif*. Tout français est citoyen : c'est de tradition ; seulement l'exercice des droits politiques est subordonné à certaines conditions; celui qui les remplit n'est pas seulement citoyen ou français, mais citoyen actif, c'est-à-dire qu'il a l'exercice des droits politiques (Constitution des 3-14 septembre 1791, titre III, chap. I, sect. 1, art. 2).

Cette qualification de citoyen actif ne tarda pas à être discréditée. Elle prêtait aux quolibets, car l'existence de citoyens actifs impliquait celle de citoyens inactifs et on aima mieux n'être pas citoyen du tout que d'être citoyen inactif. C'est ainsi qu'on fut conduit à séparer la qualité de citoyen de celle de français, à faire de la première un titre à part conférant la capacité politique. D'après la Constitution de l'an VIII notamment, sous l'empire de laquelle fut fait le Code civil et à laquelle renvoie l'article 7, six conditions étaient

nécessaires pour être citoyen. La société ne confère les droits politiques qu'en vue de sa propre sûreté ; elle ne les confère pas à tous les français, mais seulement à ceux qui paraissent offrir des garanties suffisantes. L'article 2 porte : « Tout « homme né et résidant en France, qui, âgé de vingt et « un ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique « de son arrondissement communal, et qui a demeuré pen- « dant un an sur le territoire de la République, est citoyen « français. » Donc, pour être citoyen, il fallait : 1° être français, — 2° du sexe masculin, — 3° âgé de vingt et un ans, — 4° inscrit sur les registres civiques de la commune, — 5° avoir séjourné sur le territoire français pendant un an depuis l'inscription, d'où il résulte qu'on n'était citoyen qu'à vingt-deux ans au plus tôt, — 6° n'être dans aucun cas de suspension. « L'exercice des droits de citoyen français est sus- « pendu, dit l'article 5, par l'état de débiteur failli ou d'hé- « ritier immédiat détenteur à titre gratuit de la succession « totale ou partielle d'un failli, par l'état de domestique à « gages attaché au service de la personne et du ménage, par « l'état d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de contu- « mace. » D'où étaient français sans être citoyens : 1° les femmes, 2° les mineurs de vingt et un ans, 3° les majeurs non inscrits sur les registres civiques ou n'ayant pas un an de séjour depuis leur inscription, 4° ceux dont l'état de citoyen était suspendu.

C'est un système simple et clair ; c'est celui auquel se référait l'article 7 (rédaction de 1804) ; pour avoir les droits civils, il suffit d'être français, pour avoir les droits politiques, il faut en outre être citoyen et cette qualité s'acquiert conformément à la loi constitutionnelle, c'est-à-dire conformément à la Constitution de l'an VIII.

Qu'est devenu ce système depuis 1804 ?

Deux points sont certains. D'abord, depuis que la Constitution de l'an VIII a cessé d'être en vigueur, c'est-à-dire depuis 1814, aucune loi n'a réglé ni même prévu la qualité de citoyen, ni par suite arrêté les conditions moyennant lesquelles elle est acquise. Ensuite, des lois nombreuses, cessant de considérer les droits politiques dans leur ensemble comme dépendant d'une qualité distincte, ont réglé les conditions sous lesquelles chacun d'eux séparément peut être exercé[1].

1. Pour être électeur, il faut être majeur de vingt-un ans et avoir en outre

Et alors, si aucune loi n'arrête ce qu'est de nos jours la qualité de citoyen, si, d'autre part, des lois spéciales règlent les conditions d'exercice de chacun des droits politiques, ne faut-il pas conclure que la qualité de citoyen, considérée comme donnant d'une manière générale l'aptitude aux droits politiques, n'existe plus ? La conséquence serait que l'article 7 du Code n'a eu un sens précis et une portée pratique que tant qu'a duré la Constitution de l'an VIII, que tout français, à l'heure actuelle, jouit des droits politiques comme des droits civils sous la seule réserve, pour les uns et pour les autres, de remplir les conditions spéciales auxquelles l'exercice en est subordonné, enfin que tout français a la plénitude des droits civils et politiques lorsqu'aucune condition particulière n'est exigée. En d'autres termes, après bien des alternatives, nous en serions revenus à l'état de choses antérieur à 1789, dans lequel le mot *citoyen* n'avait pas un sens propre et légal, une signification précise en droit.

Cette manière de voir était très soutenable avant la loi de 1889[1]. Elle paraît vraiment certaine depuis cette loi, qui, remaniant l'article 7, en a fait disparaître toute mention de la qualité de citoyen. La qualité de citoyen n'est plus distincte de celle de français; les conditions d'aptitude quant à la jouissance et à l'exercice des droits politiques sont fixées par la loi pour chaque droit considéré en particulier.

Telle n'est pas cependant l'interprétation qui a prévalu en

résidé pendant un certain temps dans le lieu où on prétend voter ; six mois de résidence suffisent pour donner le droit de concourir à la nomination des députés (loi du 30 novembre 1875, art. 1) et à celle des conseillers municipaux (loi du 5 avril 1884, art. 14). Pour être éligible, il faut avoir vingt-cinq ou quarante ans suivant qu'il s'agit de la Chambre des députés ou du Sénat (loi du 30 novembre 1875, art. 6, loi du 9 décembre 1884, art. 4). Pour être juré, il faut avoir trente ans (loi du 21 novembre 1872, art. 1). Pour être juge de paix ou suppléant de juge de paix, il faut avoir trente ans (Constitution de l'an III, art. 209, encore aujourd'hui observé, voy. Dalloz, *Répertoire*, V° *Organisation judiciaire*, n° 449). Pour être juge titulaire ou suppléant d'un tribunal de première instance, il faut avoir vingt-cinq ans ; il faut en avoir vingt-sept pour être président ou vice-président de tribunal ou conseiller de Cour d'appel, trente pour être conseiller à la Cour de cassation, vingt-deux pour être substitut d'un procureur de la République, vingt-cinq pour être procureur de la République, substitut d'un procureur général ou avocat général, trente pour être procureur général (loi du 24 messidor an IV (12 juillet 1796), art. 3, loi du 20 avril 1810, art. 64 et 65).

1. Voy. en ce sens Demante, *Définition légale de la qualité de citoyen français*, *Revue critique*, année 1869, p. 164 et 208.

jurisprudence. D'après plusieurs arrêts [1], les articles 2 et 5 de la Constitution de l'an VIII seraient encore en vigueur. Dans son ensemble, l'acte de l'an VIII n'est plus qu'un document historique ; mais l'article 7 du Code, en renvoyant aux articles relatifs à la qualité de citoyen, les aurait sauvés de l'abrogation, de telle sorte qu'ils auraient survécu, non plus comme dispositions constitutionnelles mais comme dispositions organiques.

Ils auraient survécu, mais sous la réserve des modifications apportées ultérieurement. Ainsi il est certain que l'inscription sur les registres civiques n'est plus nécessaire, puisque ces registres ont cessé d'être tenus. Il existe bien encore diverses listes relatives aux droits politiques : listes électorales, listes du jury, etc.; mais ces listes, spéciales à tel ou tel droit, n'ont plus aucun rapport avec la qualité de citoyen.

Il est certain en second lieu que les conditions d'âge fixées par la Constitution de l'an VIII pour l'acquisition de la qualité de citoyen ne sont plus applicables en ce qui concerne quelques droits politiques à propos desquels des lois spéciales ont établi des conditions d'âge déterminées : tels sont l'électorat et l'éligibilité politiques, le droit d'être juré, etc. Quant aux droits politiques pour lesquels aucune loi spéciale n'établit des conditions d'âge déterminées, les règles de l'an VIII doivent être appliquées ; mais une controverse existe à cet égard parmi ceux qui soutiennent que les règles de l'an VIII sur l'acquisition et la perte de la qualité de citoyen sont encore en vigueur [2].

Aux yeux de certains auteurs, la qualité de citoyen n'est plus acquise seulement à vingt-deux ans, mais à vingt et un ans. En effet, dit-on, les registres civiques n'existent plus ; or, sous l'empire de la Constitution de l'an VIII, les majeurs de vingt et un ans n'avaient la qualité de citoyen qu'après avoir résidé en France pendant douze mois à partir de leur inscription sur les registres ; l'inscription sur les registres étant devenue impossible, il ne peut plus être question de différer pendant douze mois l'acquisition de la qualité de citoyen pour les ma-

(1) Cass. 22 juin 1887, D. P. 1887. I. 281.

(2) Voy. sur cette controverse Demolombe, *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, p. 146 ; — Cfr. Demante, *op. laud.*, *Revue critique*, année 1869, p. 173.

jeurs de vingt et un ans; cette qualité leur est acquise dès leur majorité.

Aux yeux d'autres auteurs, l'année de séjour sur le territoire français ne peut plus sans doute avoir pour point de départ l'inscription sur les registres civiques, puisque ceux-ci n'existent plus; mais, comme les articles 2 et 5 de la Constitution de l'an VIII sont encore en vigueur, il faut en conserver tout ce qui est compatible avec la disparition des registres civiques. Or, l'esprit de la Constitution de l'an VIII était de n'accorder la qualité de citoyen aux majeurs de vingt et un ans qu'après l'expiration d'un délai de douze mois. Donc, nul français n'est citoyen qu'après l'expiration d'une année à dater du moment où il aurait pu se faire inscrire sur les registres civiques s'ils existaient encore, c'est-à-dire à compter de sa majorité ; d'où la qualité de citoyen continue d'être acquise seulement à vingt-deux ans.

Sous réserve de cette controverse, certains auteurs soutiennent donc, et la jurisprudence avec eux, que les articles 2 et 5 de la Constitution de l'an VIII sont encore en vigueur; c'est à ces textes, disent-ils, que l'article 7 du Code renvoyait en 1804 et c'est à eux qu'il renvoie aujourd'hui, car le législateur de 1889, en modifiant cet article, a voulu régulariser et non pas innover. En d'autres termes, la qualité de citoyen reste distincte de celle de français.

48. Quels intérêts pratiques présente ce débat? Voici les principaux.

A. L'article 5 de la Constitution de l'an VIII suspend l'exercice des droits de citoyen pour les débiteurs faillis, les domestiques attachés au service de la personne et les individus qui sont en état d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de contumace. Cette disposition est certainement inapplicable aux droits politiques qui ont fait l'objet d'une réglementation spéciale à cet égard dans des lois postérieures. Par exemple, la loi du 21 novembre 1872 sur le jury décide dans son article 4 que les domestiques et serviteurs à gages ne peuvent pas être jurés ; l'article 2 contient la même règle en ce qui concerne les faillis non réhabilités. L'électorat et l'éligibilité sont formellement déniés aux débiteurs faillis par les articles 15 et 27 du décret-loi du 2 février 1852. Inversement, les domestiques et serviteurs à gages jouissent du double droit d'électorat et d'éligibilité ; aucun texte ne le dit formel-

lement, mais cela résulte des textes d'une manière implicite.

La règle inscrite dans l'article 5 de la Constitution de l'an VIII est-elle encore applicable aux droits politiques n'ayant fait l'objet d'aucune réglementation nouvelle à cet égard dans les lois postérieures? La question s'est posée à propos de certains droits qui sont considérés comme des dépendances de la capacité politique.

a) L'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat prescrit que les actes notariés doivent être reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins citoyens français. La disposition est d'autant plus remarquable que le législateur se montre parfois moins exigeant; aux termes de l'article 37 du Code civil, les témoins aux actes de l'état civil peuvent être étrangers et l'article 980 admet qu'il suffit, pour être témoin à un testament, d'être français jouissant des droits civils. Quand il s'agit d'un acte notarié, les témoins doivent être citoyens et cela sous peine de nullité (article 68 de la loi de ventôse).

Voilà un droit politique, ou considéré comme tel, pour l'exercice duquel la qualité de citoyen est exigée sans autre explication. Comment faut-il comprendre cette exigence? Sous la Constitution de l'an VIII, aucune hésitation; les commerçants en état de faillite, les domestiques attachés au service de la personne ne pouvaient pas être témoins. Si l'article 5 de la Constitution de l'an VIII est toujours en vigueur, il faut donner encore la même solution. Et alors quelle singularité! Le domestique attaché à la personne jouit des prérogatives les plus importantes: il est électeur; il ne peut pas être témoin dans un acte notarié. Si au contraire les articles 2 et 5 ne sont plus en vigueur, si les conditions d'aptitude à l'exercice des droits politiques sont déterminées par la loi pour chaque droit considéré isolément, les faillis non réhabilités, les serviteurs à gages peuvent être témoins dans un acte notarié, puisqu'aucun texte ne leur enlève le droit de l'être.

b) Les lois sur la presse et le colportage ont soulevé des questions analogues. La presse a voulu être le quatrième pouvoir de l'Etat, d'autres disent que c'est le premier; être gérant d'un journal devient dès lors un droit politique, au moins une dépendance de la capacité politique. Aussi la loi du 11 mai 1868 sur la presse s'exprimait-elle ainsi dans son

article 1 : « Tout français majeur et jouissant de ses droits « civils et politiques peut, sans autorisation préalable, pu- « blier un journal. » La loi du 9 mars 1878 sur le colportage s'exprimait de même dans l'article 1 : « Les déclarants devront « attester qu'ils sont français et qu'ils n'ont pas été privés « de leurs droits civils et politiques. »

Cela voulait-il dire qu'il faut être citoyen au sens de l'article 7 du Code civil, c'est-à-dire conformément aux articles 2 et 5 de la Constitution de l'an VIII ? L'affirmative s'imposait si on admettait que les articles 2 et 5 étaient encore en vigueur : le failli non réhabilité, le serviteur à gages ne pouvaient être gérants d'un journal. Si on admettait au contraire que les articles 2 et 5 n'étaient plus en vigueur, que l'exercice de chaque droit politique, considéré isolément, appartenait à tout français majeur non frappé de déchéance par un texte spécial, les faillis et les serviteurs à gages pouvaient être gérants d'un journal.

La loi sur la presse du 29 juillet 1881, actuellement en vigueur, semble écarter la controverse. « Tout journal ou écrit « périodique aura un gérant, dit l'article 6. Le gérant devra « être français, majeur, ayant la jouissance de ses droits civils « et n'être privé de ses droits civiques par aucune condamna- « tion judiciaire. » Le texte paraît bien indiquer que les déchéances résultant de l'article 5 de la Constitution de l'an VIII ne sont plus applicables au droit politique d'être gérant d'un journal ; pour exercer ce droit, il suffit d'être français et majeur, d'avoir la jouissance de ses droits civils ; la déchéance du droit n'atteint que ceux qui sont privés de leurs droits civiques par une condamnation judiciaire. Les serviteurs à gages ne sont pas dans ce cas, ni même les faillis non réhabilités, car un jugement déclaratif de faillite n'est pas une sentence de condamnation. Pourtant, la Cour de cassation a jugé qu'un commerçant failli ne peut être gérant d'un journal[1].

1. Cass. 22 juin 1887, D. P. 1887. I. 281, Sir. 1887. I. 342. C'est un arrêt des chambres réunies. La Cour de Paris, par arrêt du 12 juin 1886 (D.P. 1886. II. 138, Sir. 1887. I.189), avait jugé que le failli non réhabilité peut être gérant d'un journal. L'arrêt fut cassé à la date du 17 décembre 1886 (D. P. 1887. I. 281, Sir. 1887. I. 189). La Cour de Caen se prononça sur renvoi dans le même sens que la Cour de Paris (24 mars 1887, D. P. 1887. I. 281, Sir. 1887. I. 342). C'est alors qu'intervint l'arrêt rendu par les chambres réunies le 22 juin 1887. L'arrêt est antérieur à la modification que la loi de 1889 a fait subir à l'article 7 du Code civil; peut-être la Cour de cassation modifierait-elle sa jurisprudence si la question lui était de nouveau soumise.

C'est un vestige de la combinaison ancienne de l'article 7 du Code civil avec les articles 2 et 5 de la Constitution de l'an VIII.

c) Les articles 427, 428, 430 et 432 du Code civil impliquent que les fonctions de tutelle ne peuvent être remplies que par des français ayant la qualité de citoyen. Si les articles 2 et 5 de la Constitution de l'an VIII sont encore en vigueur, les faillis non réhabilités et les serviteurs à gages sont incapables des fonctions de tutelle ; si au contraire la qualité de citoyen n'est plus distincte de celle de français, si les conditions d'aptitude à l'exercice des droits politiques, ou considérés comme tels, sont déterminées pour chaque droit par les lois qui le concernent, les faillis non réhabilités et les serviteurs à gages doivent être admis aux fonctions de tutelle, car ils n'en sont exclus par aucun texte.

B. L'article 2 de la Constitution de l'an VIII réservait aux hommes la qualité de citoyen. Les femmes, à l'heure actuelle, sont privées de certains droits politiques par la disposition expresse ou au moins implicite de lois postérieures à la Constitution de l'an VIII et au Code civil ; la Cour de cassation a jugé que les lois constitutionnelles et électorales s'opposent à leur inscription sur les listes d'électeurs [1]. Faut-il en dire autant des droits politiques dont la jouissance n'a été enlevée aux femmes par aucune loi : droit de figurer comme témoin à un acte notarié, de faire partie du jury, de gérer un journal ? Ces droits divers doivent être refusés aux femmes si l'article 2 de la Constitution de l'an VIII est encore en vigueur ; s'il ne l'est plus, la solution inverse doit être admise, car aucun texte n'enlève aux femmes les droits dont il s'agit. La prétention de faire partie du jury ne semble pas avoir été jamais émise par une femme; celle de figurer comme témoin à un acte notarié n'aurait aucune chance d'être accueillie, car l'article 37 du Code civil refuse aux femmes le droit d'être témoins aux actes de l'état civil et il serait étrange qu'elles pussent l'être aux actes notariés. Quant au droit de gérer un journal, la jurisprudence le refusait aux femmes sous l'empire des lois antérieures à 1881 [2] ; elle admettrait sans doute la même règle à l'heure actuelle, pour les mêmes raisons qui lui font refuser ce droit aux faillis non réhabilités.

1. Cass. 16 mars 1885, D. P. 1885. I. 105, Sir. 1885. I. 317.
2. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Presse*, n° 178.

C. Des questions analogues se posent quand on admet que les articles 2 et 5 de la Constitution de l'an VIII sont toujours en vigueur et en outre que la qualité de citoyen continue d'être acquise seulement à l'âge de vingt-deux ans. Des lois postérieures au Code civil et à la Constitution de l'an VIII ont déterminé les conditions d'âge requises pour l'exercice de certains droits politiques : il faut avoir vingt et un ans pour être électeur ou gérant d'un journal, vingt-cinq ans pour être éligible à la Chambre des députés, quarante pour être éligible au Sénat, trente pour être juré. Mais quelle est la majorité qu'il faut avoir atteinte pour exercer les droits politiques à propos desquels aucune condition d'âge n'est déterminée par une loi particulière? La majorité de vingt et un ans suffit-elle, vu l'absence d'un texte en exigeant une autre, ou bien faut-il avoir la majorité de vingt-deux ans que la Constitution de l'an VIII exige pour l'exercice des droits de citoyen en général ?

Par exemple, il faut être citoyen français pour figurer comme témoin à un acte notarié. Les majeurs de vingt et un ans mineurs de vingt-deux ans sont-ils capables de l'être ? La solution négative s'impose si on admet que les articles 2 et 5 de la Constitution de l'an VIII sont encore en vigueur et que la qualité de citoyen continue d'être acquise seulement à vingt-deux ans. L'affirmative doit être admise dans l'opinion contraire, vu l'absence d'un texte qui recule la majorité à cet égard au delà de vingt et un ans. La solution affirmative est seule raisonnable d'ailleurs. D'une part, il serait étrange qu'un français majeur de vingt et un ans, qui a le droit de voter, n'eût pas celui de figurer comme témoin dans un acte notarié. D'autre part, l'article 442 du Code civil ne déclare incapables des fonctions de tutelle que les *mineurs*, ce qui doit s'entendre, d'après la terminologie du Code, des mineurs de vingt-un ans et l'article 37 dit formellement qu'il suffit d'être majeur de vingt-un ans pour être témoin aux actes de l'état civil ; n'est-il pas étrange qu'un majeur de vingt et un ans puisse être tuteur, subrogé-tuteur, membre d'un conseil de famille, témoin à un acte de l'état civil, et qu'il ne puisse pas jouer le rôle de témoin à un acte notarié ?

Toutes ces anomalies et contradictions sont évitées dans le système qui considère les articles 2 et 5 de la Constitution de l'an VIII comme n'étant plus en vigueur et c'est un argument

de plus à l'appui de ce système[1]. La qualité de citoyen n'est plus distincte de la qualité de français ; l'exercice des droits politiques appartient à tous les français jouissant de leurs droits civils, c'est-à-dire à tous les français majeurs de vingt et un ans, sous la seule réserve des restrictions que les lois postérieures au Code civil ont introduites pour certains droits politiques.

II. *Les droits civils.*

49. Leur caractère distinctif est moins net que celui des droits politiques, en tout cas moins facile à spécifier. L'épithète *civil* est un qualificatif équivoque, qui n'a pas de sens par lui-même et n'en a pas d'autre que celui résultant des oppositions qu'il facilite. Ici, les droits civils sont ceux qui ne sont pas politiques ; plus précisément, ce sont les droits privés, autrement dit ceux que les personnes possèdent en leur seule qualité d'êtres humains, ou par suite de leurs rapports entre elles.

Les droits civils sont de trois sortes.

a) Ce sont d'abord les diverses applications de la liberté : liberté individuelle, ou faculté de disposer de sa personne sans pouvoir être entravé, contraint, à plus forte raison arrêté, si ce n'est dans les cas prévus par la loi et dans les formes tracées par elle, ce qui comprend l'inviolabilité de la personne et du domicile, la liberté de conscience, ou faculté de penser et d'exprimer sa pensée selon ses convictions, la liberté du travail, ou faculté de diriger à son gré son activité, etc. etc.

Ces facultés sont des droits en ce sens que chacun peut exiger qu'on les respecte en lui et qu'on en respecte l'exercice dans la mesure où la loi les reconnaît. Au point de vue de l'intérêt proprement dit, ces droits ne sont pas à beaucoup près les plus importants ; ils sont cependant les plus chers à l'homme, ceux dont il se montre le plus justement jaloux. L'avantage le plus sensible qu'ils procurent est la satisfac-

1. La valeur de l'argument ne doit pas être exagérée. Il faut remarquer en effet que certaines des contradictions signalées existaient sous l'empire du Code civil combiné avec les articles 2 et 5 de la Constitution de l'an VIII. Ainsi les majeurs de vingt et un ans mineurs de vingt-deux ans pouvaient être témoins aux actes de l'état civil (art. 37 C. civ.) et ne pouvaient pas l'être aux actes notariés !

tion saine et vivifiante qui résulte de ce qu'on sait qu'on les possède ; ils sont l'expression de la dignité humaine.

Ces droits-là, applications diverses de l'idée de liberté, ont été appelés longtemps et sont appelés quelquefois encore droits naturels. Il y a pour cela deux raisons : d'abord l'homme les tient de sa nature comme l'existence même et ils constituent la personnalité morale, ensuite ils ne sont pas particuliers au droit national de tel ou tel pays et l'homme les a en tant qu'homme.

Il est depuis longtemps d'usage de les grouper sous la dénomination de *droits publics* et voici l'origine de cet usage. Les constitutions de l'époque révolutionnaire les avaient appelés d'abord *droits de l'homme*, c'est-à-dire droits que l'homme possède en tant qu'homme ; elles en firent l'objet des *Déclarations des droits de l'homme et du citoyen*. On les retrouve sous ce nom en tête des Constitutions des 3-14 septembre 1791, du 24 juin 1793 et du 5 fructidor an III. La Constitution du 22 frimaire an VIII, dont les auteurs aimaient peu les principes abstraits, abandonna la tradition. L'origine de l'expression *droits publics* est dans la Charte de 1814. Cette Charte, qui se présentait comme une œuvre de réparation, qui voulait rattacher au nouvel ordre de choses la génération de 1789, reprit les idées de la *Déclaration* ; seulement, l'expression *droits de l'homme* sentant un peu son origine révolutionnaire, la Charte prit la chose sans prendre le nom, qu'elle remplaça par celui-ci : *droits publics des français*. C'est ce que fit aussi la Charte de 1830. La Constitution de 1848 revint à la tradition révolutionnaire ; on y trouve un chapitre II dont la rubrique est la suivante : *Droits des citoyens garantis par la Constitution*. La Constitution de 1852 adopta une forme éclectique : « La Constitution, dit l'article 1, « reconnaît, confirme et garantit les grands principes procla- « més en 1789 et qui sont la base du droit public des fran- « çais. » Ce qui est ainsi confirmé, ce sont les anciens *droits naturels* ou *droits de l'homme*, appelés ensuite *droits publics*[1]. Ce sont en réalité des droits civils, puisqu'ils ne sont pas politiques.

b) Il existe une seconde catégorie de droits civils, qui

1. Les lois constitutionnelles de 1875 sont muettes à cet égard. Voy. sur ce point Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, p. 387.

comprend tous les droits correspondant aux relations de famille.

Ces relations supposent un fait initial qui les établit : le mariage, la filiation, l'adoption, la parenté ; le droit de contracter mariage, de reconnaître des enfants pour leur donner un état civil, etc., sont des droits civils.

De ces relations résultent des devoirs, auxquels correspondent diverses facultés : la puissance paternelle, la puissance maritale, les droits de tutelle. Ce sont des droits civils. Quant à ces derniers, une tradition qui commence à s'effacer tendait à y voir un *onus publicum*, une sorte de droit politique ; c'est une idée dont l'examen viendra plus tard.

Enfin, à ces relations on rattache traditionnellement un droit important : le droit pour les membres d'une famille, en cas de mort de l'un d'eux, de représenter le défunt. Le droit de succession est un droit de famille, donc un droit civil.

c) Dans une troisième catégorie de droits civils ou privés, il faut ranger tous ceux qui résultent des rapports de l'homme avec les biens, autrement dit les droits de patrimoine : la propriété et ses démembrements (usufruit, usage, servitudes), les rapports résultant des conventions, le droit de les conclure à propos des biens, les créances, enfin le droit, qui garantit tous les autres, d'adresser des réclamations aux juridictions compétentes.

50. Tel est le classement reçu des droits civils ou privés, c'est-à-dire des droits que les personnes ont individuellement ou par suite de leurs rapports entre elles : droits publics, droits de famille, droits de patrimoine.

Lorsque nous traiterons plus loin de la condition des étrangers, nous verrons que les règles reçues quant aux droits civils ou privés supposent des distinctions et sous-distinctions. Quant aux français, la règle est d'une simplicité parfaite : « Tout français, dit la première partie de l'article 8, jouira « des droits civils. » Le texte entend parler des trois sortes de droits civils. Tous les français en jouissent, sauf bien entendu le cas où ils en sont privés.

SECTION II. — De la perte des droits.

51. Sur la condition des français quant à leur participation aux droits reconnus, nous avons vu d'abord sinon quels sont les droits qu'ils peuvent avoir, au moins comment ces droits se divisent par espèces : droits politiques et droits civils qui sont de trois sortes. Il reste à voir comment ils peuvent en être privés. C'est le système des incapacités et déchéances. De ce sujet nous ne ferons pour le moment que tracer l'ensemble, établissant un cadre où les détails viendront peu à peu se placer.

La règle générale est que nul ne peut être privé de ses droits ou de l'un d'eux que par application d'un texte formel de loi ; c'est ce qu'on exprime en disant que la capacité, l'aptitude à être sujet de droits est de droit commun, que l'incapacité est d'exception. Plusieurs articles du Code civil contiennent l'application de cette idée générale : l'article 902 en matière de dispositions à titre gratuit, l'article 1123 relativement aux conventions, l'article 1594 en matière de vente. Il est même admis que les lois qui prononcent ou autorisent des privations de droits, des incapacités ou des déchéances, doivent être interprétées restrictivement. Les incapacités sont des exceptions au droit commun et les exceptions sont de droit étroit, c'est-à-dire qu'elles doivent être limitativement restreintes aux cas prévus ; elles ne peuvent être étendues ni par induction, ni par analogie. Par suite, les cas de privation de droits peuvent être énumérés et l'énumération est limitative.

52. Ces privations se présentent sous deux formes qu'il faut bien se garder de confondre : tantôt c'est la jouissance d'un droit ou des droits en général qui est enlevée, tantôt seulement l'exercice.

Manifestement la privation de jouissance est plus profonde et plus grave que la privation d'exercice ; pour qui n'a plus la jouissance d'un droit, il est clair qu'il ne saurait être question de l'exercice de ce droit c'est-à-dire de le mettre en activité et en œuvre. A l'inverse, on comprend qu'une personne possède un droit, en garde la jouissance de manière à pouvoir en recueillir le bénéfice, alors qu'elle n'a plus

l'aptitude à l'exercer. La distinction est fondamentale.

53. Il y a des personnes, et en grand nombre, qui, tout en conservant la jouissance de leurs droits, n'en ont pas l'exercice. Ce sont celles qu'on appelle les incapables. Au sens juridique et technique du mot, on entend par là les personnes auxquelles la loi enlève l'exercice de leurs droits en leur laissant la jouissance. L'idée d'incapacité éveille alors celle de protection, de secours ; si la loi enlève aux incapables l'exercice de leurs droits, ce n'est nullement à titre de déchéance, c'est à titre de protection. L'âge, les infirmités, le sexe, certaines conjonctures de fait peuvent être des causes d'incapacité.

L'âge d'abord. Ainsi le mineur, qui, à raison de son âge, a besoin d'être protégé contre les autres et aussi contre lui-même, est un incapable. Ses droits, dont il a gardé la jouissance mais dont il n'a pas l'exercice, sont exercés pour lui et en son nom par son tuteur.

Ensuite les infirmités. L'interdit, qui, à raison de sa folie, est privé de ses droits, est un incapable, c'est-à-dire que sa situation est semblable à celle du mineur : il garde la jouissance de ses droits, mais n'en a pas l'exercice (article 509). Les aliénés internés sans être interdits ont une situation analogue.

En troisième lieu le sexe. Il modifie les conditions d'exercice des droits. La femme mariée est incapable, en ce sens au moins qu'elle ne peut faire les actes de la vie civile sans l'autorisation de son mari (article 217).

Enfin certaines conjonctures de fait, comme par exemple l'absence, qui modifie les conditions d'exercice des droits.

Tels sont les incapables de droit commun. L'article 1124 indique les mineurs, les femmes mariées, les interdits comme étant les incapables de droit commun, puis il ajoute : « et généralement tous ceux à qui la loi interdit certains con-« trats. » Les cas sont épars dans le Code et seront signalés peu à peu. L'indication générale suffit pour marquer comment on peut être privé de l'exercice de ses droits sans en avoir perdu la jouissance. Aucune idée de déchéance n'intervient alors ; l'incapacité repose sur une idée de protection.

54. A côté des privations de simple exercice viennent les privations de jouissance, dont le caractère est tout autre ; elles altèrent bien plus profondément la condition des per-

sonnes. La personne qui est privée d'un droit ou de ses droits ne perd pas seulement l'aptitude à les mettre en action, c'est-à-dire à faire les actes par lesquels on les exerce et les aliène; elle perd les droits eux-mêmes, de sorte qu'elle n'est plus apte à en recueillir le bénéfice : il ne peut plus être question sous aucune forme de l'exercice des droits.

Les privations de jouissance sont de deux sortes.

Les unes sont prononcées au nom et à raison de certains intérêts d'ordre supérieur, d'ordre public, sans qu'il faille d'ailleurs y attacher aucune idée pénale de déchéance. Telles sont les privations indiquées dans les articles 442, 450, 909, 1595, 1596, 1597. Quelquefois on donne à ces privations le nom d'incapacités, quoique le mot vise plutôt les privations de simple exercice ; seulement on dit alors que ce sont des incapacités de jouissance, par opposition aux incapacités proprement dites ou incapacités de simple exercice.

D'autres fois, les privations de jouissance sont prononcées non plus au nom d'un intérêt d'ordre général, mais à titre de peine, comme procédé de répression. Elles constituent plus précisément, plus exactement ce qu'on appelle des déchéances. Il en existe en matière civile. Dans l'ordre des droits de famille, la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés s'occupe, dans son titre I, de la déchéance de la puissance paternelle ; elle est encourue par les père et mère dont certaines circonstances font supposer ou établissent l'indignité. Dans l'ordre des intérêts pécuniaires, on peut citer comme exemple les déchéances prononcées par les articles 299, 618, 792 et 1442. Enfin les déchéances de ce genre abondent en matière pénale.

55. Il y a ainsi, en ces matières, des distinctions de langage qui répondent à des différences au fond. Exercice et jouissance des droits, incapacités simples, incapacités de jouissance, déchéances, chacun de ces mots, dans la langue juridique, a une portée distincte ; ils ne doivent ni ne peuvent être pris les uns pour les autres.

56. Terminons sur ce point par l'indication de deux notions complémentaires.

a) Souvent la loi, quand elle prononce ou autorise une privation de droits, précise la nature de cette privation ; alors aucune difficulté ne se présente. Quand elle ne le fait

pas, à quoi reconnaît-on s'il s'agit d'une privation de jouissance ou seulement d'exercice? Une règle infaillible existe à cet égard.

Si la loi entend enlever un droit ou un ensemble de droits sans vouloir toucher à la jouissance mais seulement à l'exercice, elle délègue une autre personne, mandataire légal qui exercera le droit ou les droits aux lieu et place de l'incapable, ou bien elle fixe certaines conditions dont l'accomplissement lève l'incapacité. C'est ainsi que le mineur est frappé seulement d'une incapacité d'exercice, car l'article 450 donne pouvoir au tuteur de le représenter dans les actes de la vie civile; il en est de même pour l'interdit, car l'article 509 dit que les règles sur la tutelle des mineurs sont applicables à celle des interdits; il en est de même enfin pour la femme mariée, car l'autorisation maritale lève l'incapacité dont la femme est frappée (articles 217 et suivants).

Si au contraire la loi, enlevant à une personne un droit ou un ensemble de droits, n'en délègue pas l'exercice à une autre personne qui les exerce au profit de la première, ou bien si elle ne fixe pas un mode d'habilitation spécial, c'est qu'elle entend que ce soit une privation de jouissance. Ainsi l'article 450 établit une privation de jouissance quand il défend au tuteur d'accepter la cession d'aucun droit contre son pupille; l'article 1595 fait de même quand il prohibe la vente entre époux sauf dans trois cas exceptionnels et l'article 1596 quand il interdit à certaines personnes de se rendre adjudicataires de certains biens.

b) La distinction de la jouissance et de l'exercice quant à l'étendue des privations de droits n'est pas possible pour tous les droits. Il en est qui ne la comportent pas; ce sont ceux qui, à raison de leur caractère, de leur objet, ne sont pas susceptibles d'être exercés par autrui, par un représentant. Tels sont les droits politiques et aussi certains droits civils: le testament, qu'un tiers ne peut pas faire par représentation du testateur, la reconnaissance d'un enfant naturel, qui ne peut émaner que de l'auteur de l'enfant, le mariage, qui ne peut avoir lieu par procureur.

De là deux conséquences. D'abord, quant à ces droits, la privation d'exercice équivaut forcément à une privation de jouissance. En second lieu, dès qu'on recouvre la jouissance de pareils droits, on en recouvre par là même l'exercice.

Quand, par exemple, l'article 903 refuse au mineur le droit de disposer à titre gratuit, il s'agit forcément d'une privation de jouissance; quand l'article 904 autorise le mineur majeur de seize ans à disposer d'une partie de ses biens par testament, l'autorisation vaut quant à l'exercice et quant à la jouissance de ce droit. Il en est de même pour l'incapacité de contracter mariage dont l'homme est frappé jusqu'à dix-huit ans, la femme jusqu'à quinze ans (article 144); de même aussi pour l'incapacité relative à la conclusion des conventions matrimoniales; ceux que frappent ces incapacités n'ont ni la jouissance ni l'exercice des droits dont il s'agit et ceux qui n'en sont pas frappés ont l'exercice aussi bien que la jouissance de ces mêmes droits.

Aussi, est-ce une question de savoir si la simple privation d'exercice opère quant aux droits dont il vient d'être parlé; question délicate dont l'examen viendra plus tard, notamment à propos des règles de l'interdiction.

57. Il résulte de ce qui précède que, pour traiter dans son ensemble le sujet des privations de droits en ce qui concerne les français, il faudrait classer : 1° les cas de simple incapacité, de privation d'exercice, 2° les incapacités de jouissance, établies au nom d'intérêts d'ordre public, 3° les déchéances proprement dites, ou privations de jouissance à titre de peine. C'est une grande partie du droit privé.

Pour les incapacités proprement dites, il suffit d'un renvoi : l'incapacité de la femme mariée sera étudiée au titre du mariage, celle du mineur au titre de la tutelle, celle des interdits et des aliénés au titre de l'interdiction. Il suffit encore d'un renvoi pour ce qui concerne les incapacités de jouissance : elles sont éparses dans le Code civil et ailleurs. C'est seulement des déchéances qu'il faut parler ici.

Ce sujet conduit à la section II du chapitre II, au titre *De la jouissance et de la privation des droits civils*; elle est intitulée : *De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires*. C'est encore une partie du Code qui a été remaniée; la modification principale est résultée de la loi du 31 mai 1854, qui abolit la mort civile, à laquelle était consacrée la section II.

Il n'y a pas seulement à ce propos des cas particuliers à prévoir, mais un ensemble d'idées, une sorte de système. Le sujet fait partie à la fois du droit pénal et du droit civil. Il se

rattache même au droit pénal plus qu'au droit civil, car il s'agit de la portée civile des condamnations pénales, des conséquences civiles qu'entraînent les condamnations prononcées par les juges de répression. La valeur des règles admises à cet égard ne peut être appréciée qu'à la lumière des principes relatifs au droit de punir. Que doit être la peine pour atteindre son but légitime ? De là dépend la question de savoir si les privations de droits peuvent être légitimement et utilement employées comme moyen de répression. Nous n'avons pas à nous occuper de cet ordre d'idées. Le sujet n'intéresse le droit civil que par un côté, celui qui a trait : 1° au caractère des déchéances encourues en matière pénale, 2° à la manière dont elles sont encourues, 3° à leur étendue.

58. En ce qui concerne le caractère des privations de droits résultant de condamnations pénales, il suffit d'observer qu'elles ont le plus souvent pour objet la jouissance des droits ; le condamné ne perd pas seulement l'exercice de ses droits ou de tel ou tel droit, mais le droit même, c'est-à-dire la jouissance. En effet, d'après le droit commun, les privations d'exercice ou incapacités sont des mesures de protection, étrangères à toute idée de pénalité ; pour devenir une peine, la privation d'un droit doit porter sur le droit lui-même, c'est-à-dire constituer une déchéance proprement dite.

Il n'en est cependant pas toujours ainsi. Parfois les condamnations pénales entraînent des privations de simple exercice, des incapacités au sens propre du mot. Il en est ainsi notamment en matière criminelle proprement dite, c'est-à-dire quand il s'agit des infractions qualifiées crimes ; les condamnations criminelles, à côté des déchéances de jouissance, entraînent l'interdiction légale, qui a trait à l'exercice des droits.

59. En ce qui concerne la manière dont sont encourues les privations de droits résultant de condamnations pénales, ces privations sont de deux sortes : elles sont encourues quelquefois à titre de peine principale, le plus souvent à titre de peine accessoire.

a) D'abord elles sont encourues quelquefois à titre de peine principale. Dans la langue du droit pénal, on appelle ainsi les peines établies par la loi pour les infractions qu'elle prévoit et qui sont ensuite appliquées par le juge dans chaque cas particulier aux auteurs des infractions ; elles sont pro-

noncées par jugements ou arrêts. Ces peines principales sont établies par le Code pénal ; elles sont de degrés divers, depuis la peine de mort jusqu'à l'amende. Les articles 6, 7, 8, 9 et 464 du Code pénal en donnent l'énumération, que nous retrouverons tout à l'heure.

Lorsqu'elle a été régulièrement appliquée, la peine principale prend fin de trois manières : 1° quand elle a été subie, si elle est temporaire, — 2° en cas de grâce accordée par le chef de l'Etat (loi du 25 février 1875, article 3), — 3° par la prescription (articles 635 et suivants du Code d'instruction criminelle). Le délai après lequel une peine régulièrement prononcée n'est plus exécutée parce qu'elle est prescrite est de vingt ans s'il s'agit de peines criminelles, de cinq ans s'il s'agit de peines correctionnelles, de deux ans s'il s'agit de peines de simple police.

Tels sont les principes essentiels qui régissent les peines principales. Or il y a des privations de droits qui figurent dans l'échelle des peines principales : par exemple la dégradation civique, qui ne consiste que dans la déchéance soit des droits politiques, soit des droits civils.

b) Le plus souvent, les privations de droits sont encourues à titre de peine accessoire. On appelle ainsi, dans la langue du droit pénal, les privations de droits que la loi rattache aux peines principales pour en être le complément tantôt forcé, tantôt facultatif. La peine accessoire, ainsi envisagée, est contenue dans la condamnation à la peine principale ; elle en est la suite naturelle, légale et tacite. De là résultent deux conséquences.

1° La peine accessoire n'a pas besoin d'être prononcée par le juge, au moins quand elle est l'annexe forcée de la peine principale. Celle-ci seule est prononcée par le juge ; celle-là est encourue par voie de conséquence : la loi l'ajoute de droit à la peine principale.

2° La peine accessoire, qui est la suite de la condamnation à la peine principale, ne se confond pas avec cette peine. Elle modifie la condition du condamné quant à ses droits ; c'est une conséquence de la condamnation, conséquence qui, par suite, survivra à la peine principale. Dès lors, la peine accessoire, qui consiste en déchéances encourues, ne prend fin, en général, ni par l'expiration de la peine principale, le condamné qui a subi la peine principale restant frappé

des déchéances qu'a entraînées la condamnation, ni par la grâce, qui n'est qu'une remise de la peine principale et reste étrangère, en général, aux privations de droits résultant de la condamnation, ni par la prescription, qui, d'après l'article 635 du Code d'instruction criminelle, n'a trait qu'aux peines « portées par les jugements ou arrêts », c'est-à-dire aux peines principales. Aussi l'article 32 du Code civil porte : « En aucun cas la prescription de la peine ne réintégrera le « condamné dans ses droits civils pour l'avenir. » Cet article concerne seulement la mort civile, mais il ne fait qu'appliquer une idée plus générale.

Comment donc disparaîtront les déchéances de droits résultant des condamnations pénales ? Si elles sont temporaires, elles disparaîtront à l'expiration du temps fixé ; si elles sont perpétuelles, elles ne disparaîtront que par un mode spécial établi et organisé pour elles : la réhabilitation, moyen d'effacer les conséquences civiles des condamnations pénales. « La réhabilitation, dit l'article 634 du Code d'instruction « criminelle, efface la condamnation et fait cesser pour l'a- « venir toutes les incapacités qui en résultaient. »

60. Après avoir exposé quel caractère possèdent et de quelle manière sont encourues les privations de droits résultant de condamnations pénales, il reste à déterminer quelle en est, selon les cas, l'étendue. C'est le point qui intéresse le plus le droit civil. Les articles 22 et suivants du Code civil, quelques textes du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, quelques lois postérieures et notamment la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile, contiennent à cet égard un ensemble d'idées qui forment une sorte de système et constituent la théorie des déchéances résultant des condamnations judiciaires.

Voici la règle générale. L'étendue de la déchéance varie selon la gravité de la peine principale dont elle est l'accessoire, selon que la peine principale est une peine de simple police, correctionnelle ou criminelle. C'est par là qu'en cette matière le droit civil et le droit pénal se rencontrent.

Examinons séparément les trois cas.

A. — *Peines de simple police.*

61. Elles sont établies pour les infractions légères, pour

celles qui sont le moins graves dans l'échelle des peines et que la loi appelle contraventions. Elles sont prononcées par les tribunaux de simple police. Ces peines sont au nombre de deux : l'amende de un à quinze francs et l'emprisonnement de un à cinq jours (articles 464, 465, 466 C. pén.). Quant aux déchéances accessoires, la règle est des plus simples : les peines de simple police n'en entraînent aucune, ce qui revient à dire qu'il n'y a pas de peines accessoires en matière de contraventions. Les faits sont peu graves ; les condamnations prononcées laissent intacts les droits civils et politiques du condamné.

B. — *Peines correctionnelles.*

62. Elles sont établies pour des infractions plus graves que les contraventions, pour celles qui sont qualifiées délits. Elles sont prononcées par les tribunaux correctionnels ou par les cours d'appel. Ces peines, d'après l'article 9 du Code pénal, sont au nombre de trois : l'amende au-dessus de quinze francs, l'emprisonnement de six jours à un an et l'interdiction de certains droits civiques, civils ou de famille. Cette dernière peine consiste précisément dans certaines déchéances ; elle constitue la peine accessoire en matière correctionnelle. L'article 42 du Code pénal porte : « Les tribunaux jugeant correctionnellement pourront, dans « certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exercice des « droits civiques, civils et de famille suivants : 1° de vote et « d'élection, 2° d'éligibilité, 3° d'être appelé ou nommé aux « fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux « emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou « emplois, 4° du port d'armes, 5° de vote et de suffrage dans « les délibérations de famille, 6° d'être tuteur, curateur, si « ce n'est de ses enfants et sur l'avis seulement de la famille, « 7° d'être expert ou employé comme témoin dans les actes, « 8° de témoignage en justice autrement que pour y faire de « simples déclarations. » L'article 43 ajoute : « Les tribunaux « ne prononceront l'interdiction mentionnée dans l'article « précédent que lorsqu'elle aura été autorisée ou ordonnée « par une disposition particulière de la loi. »

De là plusieurs conséquences.

1° Les juges ne peuvent prononcer la peine dont il s'agit que dans les cas où la loi les y autorise ; d'où, en principe,

les condamnations correctionnelles laissent intacts les droits du condamné.

2° Même dans les cas où les textes autorisent le juge à prononcer l'interdiction de certains droits, cette peine reste facultative. Toutefois, il y a des cas dans lesquels les déchéances, ou du moins quelques-unes d'entre elles, sont encourues de plein droit, spécialement en ce qui concerne les droits politiques. C'est ainsi par exemple que les lois électorales et la loi sur le jury excluent comme incapables les condamnés correctionnels pour escroquerie, outrages aux mœurs, etc. Les déchéances en matière correctionnelle sont de deux sortes : générales quand elles se produisent relativement à un ensemble de droits, spéciales quand elles se produisent relativement à un ou plusieurs droits déterminés ; les déchéances établies par les lois électorales et par la loi sur le jury sont spéciales.

3° En dehors des cas où il y a déchéance spécifiée, légale, le juge peut prononcer ou toutes les déchéances de l'article 42 ou quelques-unes d'entre elles selon les cas, d'après son appréciation ; il est appelé à approprier la déchéance à l'infraction commise et attachera par exemple à une condamnation pour délit de chasse la privation du droit de port d'armes.

63. En même temps que le juge prononce la déchéance, il en fixe la durée. Dans quelques cas, elle est perpétuelle et alors elle ne prend fin que par la réhabilitation (articles 111 et 175 C. pén.). Le plus souvent elle reste temporaire et alors elle prend fin au terme fixé.

Les effets sont encourus le jour où la condamnation est devenue définitive. Or le délai d'appel est de dix jours en matière correctionnelle (article 203 C. d'inst. crim.) ; d'où les condamnations correctionnelles deviennent définitives s'il n'y a pas eu d'appel dans le délai de dix jours et, s'il y a eu appel, à partir de l'arrêt rendu.

Il y a cependant des cas où la déchéance n'est encourue qu'à partir du jour où la peine est subie (articles 387, 388 *in fine*, 401-2° C. pén.).

C. — *Peines criminelles.*

64. Les peines dites criminelles sont établies pour les infrac-

tions les plus graves, celles qui sont qualifiées crimes. Elles sont prononcées par les cours d'assises, seules compétentes pour connaître des crimes. Elles sont au nombre de sept, indiquées par les articles 7 et 8 du Code pénal. Trois sont perpétuelles : la peine de mort, les travaux forcés à perpétuité et la déportation ; quatre sont temporaires : les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion et le bannissement. Il y en a bien une huitième, la dégradation civique, mais celle-ci ne consiste précisément qu'en des déchéances. Elle est quelquefois peine principale ; le plus souvent elle n'est que peine accessoire.

Telle est l'échelle des peines criminelles. Elles entraînent toutes comme appoint inévitable et forcé, légalement, deux peines accessoires : la dégradation civique et l'interdiction légale.

1°. La dégradation civique. L'article 28 du Code pénal le dit pour les peines temporaires, la loi du 31 mai 1854 (article 2) pour les peines perpétuelles. Donc, depuis 1854, toute peine criminelle, sans exception, entraîne la dégradation civique.

Les effets de la dégradation civique sont décrits par l'article 34 du Code pénal. Elle fait perdre d'abord les droits politiques et de là vient son nom de dégradation *civique*, puis quelques droits civils ou de famille. Au surplus, l'article 34 contient l'énumération, qui est limitative. La dégradation civique ressemble beaucoup à l'interdiction de certains droits civiques, civils et de famille, peine correctionnelle indiquée par l'article 42 du Code pénal. Entre les deux il existe pourtant trois différences importantes. D'abord les effets de la dégradation civique sont indivisibles ; ils ne peuvent pas se produire en tout ou en partie et forment un ensemble. D'autre part, la dégradation civique est la conséquence forcée de toute condamnation à une peine criminelle et n'a pas besoin, par conséquent, d'être prononcée. Enfin elle est perpétuelle et ne cesse que par la réhabilitation.

2° L'interdiction légale. Elle est ainsi nommée par opposition à l'interdiction pour cause de démence ou interdiction judiciaire (article 489 C. civ.). L'article 29 du Code pénal en fait une conséquence des peines criminelles temporaires, à l'exception du bannissement. La loi de 1854 (article 2) en fait une conséquence des peines criminelles perpétuelles. Donc, depuis 1854, toute peine criminelle, sans exception, emporte interdiction légale.

Les effets de l'interdiction légale sont arrêtés par l'article 29 du Code pénal. Elle fait perdre au condamné l'exercice de ceux des droits dont il ne perd pas la jouissance par l'effet de la dégradation civique. Il est mis en tutelle : un tuteur lui sera nommé « pour gérer et administrer ses biens », dit l'article 29 du Code pénal.

Il en est ainsi, dans une certaine mesure, à titre de protection. Celui qui est sous les verrous ne peut administrer ses biens ; il faut donc y veiller pour lui. L'article 30 du Code pénal marque que tel est le but dans lequel est organisée la tutelle : « Les biens du condamné, dit-il, lui seront remis « après qu'il aura subi sa peine, et le tuteur lui rendra « compte de son administration. » Dans une certaine mesure aussi, l'interdiction légale intervient à titre de répression. On ne veut pas que le condamné conserve ses ressources, avec lesquelles il pourrait peut-être faciliter son évasion, en tous cas adoucir sa situation ; or l'égalité dans la peine est une nécessité de la répression ; c'est pourquoi le tuteur pourrait faire annuler les actes que le condamné interdit passerait. « Pendant la durée de la peine, dit l'article 31 du Code « pénal, il ne pourra lui être remis aucune somme, aucune « provision, aucune portion de ses revenus. »

Les deux points de vue combinés constituent le caractère même de l'interdiction légale. Ils entraînent et en même temps expliquent les trois conséquences suivantes.

a) A l'inverse de la dégradation civique, l'interdiction légale n'est pas perpétuelle ; elle n'est encourue que pendant la durée de la peine principale (article 29 C. pén.), car, comme moyen de protection, elle n'est nécessaire que pendant ce temps.

b) Il y a une peine criminelle qui ne l'emporte pas : c'est le bannissement. Cette peine, en effet, ne figure pas dans l'énumération, donnée par l'article 29 du Code pénal, des peines qui entraînent l'interdiction légale. Cela s'explique, car le banni, sauf qu'il est expulsé du territoire français (article 32 C. pén.), reste maître de sa personne et libre de ses actions : donc il peut veiller à l'administration de ses biens. L'idée de protection l'emporte encore ici.

c) L'interdiction légale n'est pas encourue en cas de condamnation par contumace, c'est-à-dire quand l'accusé n'est pas présent, ne s'est pas présenté ou n'a pas été arrêté ; elle

n'est encourue qu'en cas de condamnation contradictoire, c'est-à-dire quand l'accusé, étant présent, a été défendu. Le condamné à une peine criminelle, en effet, n'est en état d'interdiction légale, d'après l'article 29 du Code pénal, que pendant la durée de sa peine; donc il cesse d'y être quand il a subi sa peine et il n'y est pas mis quand il ne la subit pas, c'est-à-dire quand il a été condamné par contumace. D'ailleurs il est soumis, comme contumax, à un régime spécial qui rend l'interdiction légale inutile et superflue : ses biens sont placés sous séquestre (articles 465 et 471 C. d'inst. crim.) et y demeurent placés jusqu'à ce que la peine soit prescrite. A quoi servirait alors l'interdiction légale?

Au surplus, nous retrouverons l'interdiction légale à propos de l'interdiction judiciaire; nous pourrons en comparer et, par là, en préciser les effets, particulièrement au point de vue de la question de savoir quel en est l'effet quant aux droits qui ne sont pas susceptibles d'être exercés par un tiers.

65. En résumé, les peines criminelles, sans distinguer entre celles qui sont perpétuelles et celles qui sont temporaires, emportent comme peines accessoires : toutes la dégradation civique, toutes aussi, sauf une, l'interdiction légale. Ce n'est pas d'ailleurs absolument à dire qu'il n'y ait entre les peines criminelles aucune différence quant aux déchéances encourues, car, indépendamment des déchéances générales, qui sont communes à toutes et qui résultent de la dégradation civique et de l'interdiction légale, quelques peines criminelles entraînent en outre des déchéances spéciales, c'est-à-dire ayant pour objet des droits déterminés. Par exemple, les individus condamnés pour attentats aux mœurs (article 334 C. pén.) sont déclarés par l'article 335 déchus de toute tutelle ou curatelle et de toute participation aux conseils de famille pendant un certain temps. Le même article 335 et la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés prononcent la déchéance de la puissance paternelle contre les père et mère condamnés pour les mêmes faits. Enfin la loi sur les récidivistes du 27 mai 1885, dans son article 19, autorise ou prescrit, à la suite des condamnations par récidive, une interdiction de séjour qui est une atteinte à la liberté élémentaire d'aller et de venir librement. Mais ce sont là des particularités. Il n'en reste pas moins vrai que, sauf ces particularités qui sont affaire de détail,

toutes les peines criminelles sont assimilées à ce point de vue : toutes entraînent la dégradation civique, toutes aussi, sauf une, l'interdiction légale.

66. C'est au moins l'état de choses actuel, tel qu'il a été réglé par la loi du 31 mai 1854. Jusqu'en 1854, c'est-à-dire sous l'empire du Code civil de 1804 complété par le Code pénal de 1810, le système était autre ; les peines criminelles avaient des conséquences civiles différentes selon qu'elles étaient perpétuelles ou temporaires.

Les trois peines criminelles perpétuelles, c'est-à-dire la peine de mort, les travaux forcés à perpétuité et la déportation, emportaient une peine accessoire qui leur était propre, la mort civile. L'article 23 du Code civil l'attachait à la peine de mort ; l'article 18 du Code pénal l'étendait aux autres peines perpétuelles : travaux forcés à perpétuité et déportation ; de sorte que, depuis 1810, les trois peines perpétuelles emportaient la mort civile [1].

Les quatre peines criminelles temporaires (travaux forcés à temps, détention, réclusion et bannissement) entraînaient toutes la dégradation civique et toutes aussi, sauf le bannissement, l'interdiction légale (articles 28 et 29 C. pén.).

Ce système graduait ainsi l'étendue des peines accessoires d'après la gravité de la peine principale. Sous ce rapport, il était rationnel. Mais on a considéré que la mort civile, sorte de mise hors la loi, n'était plus en rapport avec nos mœurs, ni par son nom, ni par son origine, ni surtout par ses effets.

Par son nom : il y avait quelque chose de choquant à ce que la loi réputât mort celui qui, en réalité, était encore vivant.

Par ses origines, car elle n'était pas autre chose qu'une transformation d'une des anciennes formes de l'esclavage : la servitude de la peine.

Enfin et surtout par ses effets. Ils étaient vraiment excessifs. L'article 25 du Code civil, aujourd'hui abrogé, les énu-

1. Les effets de la mort civile se produisaient sans difficulté en ce qui concerne les condamnés aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation ; mais à quoi bon, dira-t-on, la mort civile ajoutée à la mort naturelle ? Son utilité apparaissait dans trois cas : 1° en cas de condamnation par contumace, car le condamné, quoique condamné à mort, continuait de vivre, mais était mort civilement, — 2° même en cas de condamnation contradictoire, si le condamné s'était évadé avant l'exécution, — 3° même en cas de condamnation contradictoire suivie d'exécution, car le condamné mourait frappé de mort civile et, comme tel, déchu de certains droits, notamment du droit de faire un testament.

mérait ; il faut les relever, sans entrer d'ailleurs dans aucun détail, sauf à propos de l'un d'eux et on verra bientôt pourquoi. On tenait le mort civil pour mort légalement. De là trois conséquences.

1° Son mariage était dissous (article 25, 8° et article 227). Son conjoint, veuf civilement, pouvait se remarier. Continuait-il la vie commune, il était en état de concubinage : des enfants venaient-ils au monde, ils étaient bâtards.

2° Sa succession était ouverte. Ses biens passaient à ses héritiers, aux héritiers du sang, car on lui refusait le droit de laisser un testament ; par suite, les legs qu'il faisait étaient sans valeur.

3° Les droits viagers qui se fussent éteints par sa mort naturelle s'éteignaient par sa mort civile. L'article 617 le dit à propos de l'usufruit, l'article 1865 à propos de la société, l'article 1939 à propos du dépôt, l'article 2003 à propos du mandat.

La fiction toutefois ne pouvait pas être poussée jusqu'au bout. Lorsque le mort civil conservait la vie naturelle, il fallait bien lui réserver les droits dont l'exercice était nécessaire pour l'entretenir et la défendre. Or il pouvait conserver dans plusieurs cas la vie naturelle. C'est manifeste en cas de condamnation aux travaux forcés ou à la déportation ; c'était encore possible en cas de condamnation à mort s'il s'agissait d'un condamné par contumace ou d'un condamné s'étant évadé. Il se pouvait même que le mort civil vécût libre, en cas de prescription de la peine principale ou en cas de grâce accordée en ce qui concernait la peine principale. Dans ces cas, il pouvait être propriétaire, acquérir, aliéner, contracter. C'étaient des tolérances illogiques qui s'imposaient. Seulement, même alors, la condition du mort civil était singulièrement rigoureuse.

1° Ses liens de famille étaient rompus par la mort civile, d'où cette conséquence qu'il ne pouvait plus désormais ni recueillir de succession, ni transmettre à ce titre (article 25, 2°). Même ses enfants étaient pour lui des étrangers. Si, à sa mort, il laissait quelques biens, ces biens appartenaient à l'Etat par droit de deshérence (article 33).

2° Des droits nombreux lui étaient enlevés. Ainsi il ne pouvait pas se marier (article 25, 7°), ni remplir une fonction de tutelle (article 25, 4°), ni être témoin, soit dans un acte

authentique, soit en justice. Ainsi encore il n'avait aucun droit politique (argument *a fortiori* de l'article 34 du Code pénal). Il ne pouvait procéder en justice ni comme demandeur ni comme défendeur, si ce n'est sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui, en cas de besoin, lui était nommé par le tribunal (article 25, 6° C. civ.). Enfin certains contrats lui étaient interdits et il importe de noter particulièrement à cet égard la disposition de l'article 25, 3° : « Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, « soit par donation entre vifs soit par testament, ni recevoir « à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. » On le tenait en quelque sorte comme indigne d'user du droit de disposer ou de recevoir à titre gratuit.

Tels étaient, dans leurs traits généraux, les effets de la mort civile. Et alors on comprend les griefs relevés contre elle. On lui reprochait :

1° D'être excessive quant au condamné. Il est assurément nécessaire de frapper les coupables : la liberté n'est possible que là où la justice est inflexible pour les hommes de violence et de rapine ; mais il n'est jamais utile et il est toujours dangereux de les exaspérer en leur fermant toute possibilité d'un retour à une vie correcte, en les mettant ainsi hors la loi, hors de la vie civile.

2° D'être impersonnelle, c'est-à-dire d'atteindre, en même temps que le condamné, d'autres personnes que lui, ce qui est un vice capital dans une peine. Elle atteignait le conjoint, puisque le mariage était rompu. S'il profitait de son veuvage civil pour contracter une nouvelle union, tout le monde le blâmait; s'il continuait la vie commune, il était réduit à vivre en concubinage et ne pouvait donner le jour qu'à des bâtards. Elle atteignait les enfants du mort civil et même tous ses parents, puisqu'il ne pouvait plus transmettre par succession et que les biens laissés à son décès revenaient à l'Etat. Il est inévitable assurément que la famille souffre des condamnations prononcées contre un de ses membres ; encore faut-il que les effets de la peine ne l'atteignent pas directement.

67. Sous l'influence de ces considérations, l'abolition de la mort civile a été poursuivie sans relâche depuis 1804.

La première opposition qu'elle ait soulevée s'est fait jour au Tribunat, en 1803, lors des travaux préparatoires du Code

civil. Il fallut recourir aux expédients pour faire passer le titre ; c'est à cet incident que se rattache l'établissement de la communication officieuse[1].

Plusieurs tentatives dans le même but se sont succédé périodiquement. En 1831 et 1834, deux propositions d'abolition de la mort civile ont été soumises à la Chambre des députés, approuvées en principe, puis rejetées comme insuffisamment élaborées[2]. En 1849, une nouvelle proposition a été faite dans le même sens à l'Assemblée législative, mais les circonstances n'en ont pas permis la discussion[3].

En 1850, le vœu tendant à l'abolition de la mort civile reçut un commencement de satisfaction : une première atteinte fut portée à la mort civile par la loi du 8 juin 1850, relative à l'une des trois peines qui emportaient mort civile, la déportation ; l'article 3 de la loi décide que la mort civile ne résultera plus à l'avenir des condamnations à la déportation. En supprimant dans ce cas la mort civile, la loi nouvelle étendait purement et simplement à la déportation le système du Code quant aux peines temporaires, c'est-à-dire que la déportation devait entraîner désormais la dégradation civique et l'interdiction légale. La mort civile, en effet, était particulièrement choquante en cas de déportation, parce que cette peine n'est applicable qu'aux crimes d'ordre politique. Se défendre est une nécessité, un devoir même pour les gouvernements, mais la réprobation pour les égarements politiques ne sera jamais celle qui atteint les crimes de droit commun.

Enfin la loi du 31 mai 1854 a complété la réforme.

68. Elle n'a rien innové quant aux déchéances résultant des peines criminelles temporaires : ces peines entraînent toujours, comme par le passé, la dégradation civique et l'interdiction légale. Il faut noter cependant une innovation introduite à peu près à la même date par la loi du 30 mai 1854, non pour toutes les peines criminelles temporaires, mais pour l'une d'elles : les travaux forcés à temps. Cette loi est relative au mode d'exécution de la peine des travaux forcés. Un décret du 27 mars 1852 avait substitué les colonies pénitentiaires aux bagnes et, pour faciliter la colonisation, l'article 9 du décret

1. Voy. *Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 70.
2. Aubry et Rau, I, p. 316.
3. Voy. le rapport présenté par Demante, dans la *Revue critique*, année 1853, p. 90.

portait : « Les condamnés pourront obtenir partiellement ou « intégralement l'exercice des droits civils dans la colonie. « Ils pourront être autorisés à jouir ou à disposer de tout ou « partie de leurs biens. Les actes faits par les condamnés « dans la colonie jusqu'à leur libération ne pourront engager les biens qu'ils possédaient au jour de leur condamna-« tion, ou ceux qui leur seront échus par succession, dona-« tion ou testament, à l'exception des biens dont la remise a « été autorisée. »

C'était une nouveauté, car jusque-là les effets de l'interdiction légale duraient autant que la peine principale. La loi du 30 mai 1854 a régularisé cette situation ; l'article 12 porte en effet : « Le Gouvernement pourra accorder aux condamnés « aux travaux forcés à temps l'exercice, dans la colonie, des « droits civils, ou de quelques-uns de ces droits, dont ils sont « privés par leur état d'interdiction légale. Il pourra autoriser « ces condamnés à jouir ou disposer de tout ou partie de leurs « biens. — Les actes faits par les condamnés dans la colo-« nie, jusqu'à leur libération, ne pourront engager les biens « qu'ils possédaient au jour de leur condamnation, ou ceux « qui leur seront échus par succession, donation ou testa-« ment, à l'exception des biens dont la remise aura été au-« torisée. — Le Gouvernement pourra accorder aux libérés « l'exercice, dans la colonie, des droits dont ils sont privés « par les troisième et quatrième paragraphes de l'article 34 « du Code pénal. » En résumé, ce texte permet au Gouvernement de faire remise aux condamnés de tout ou partie des déchéances résultant soit de l'interdiction légale soit de la dégradation civique. Cela se rattache à tout un système de grâces partielles et graduelles facilitant aux condamnés leur rentrée dans la vie normale.

Sauf cette exception, le système des peines accessoires n'a pas été modifié en 1854 pour les peines criminelles temporaires.

69. Il l'a été au contraire du tout au tout pour les peines criminelles perpétuelles. En effet, la loi du 31 mai 1854 porte dans son article 1 : « La mort civile est abolie. » Elle l'est pour l'avenir, en ce sens que les condamnations ultérieures ne l'entraîneront plus ; elle l'est même pour le passé, dit l'article 5, de telle sorte que les condamnés qui, en 1854, étaient en état de mort civile par suite de condamnations antérieures

ont été relevés de cet état, réintégrés dans la vie civile et soumis désormais à un régime nouveau de déchéances[1]. L'article 5 ajoute : « sauf les droits acquis aux tiers. » Par conséquent, les héritiers du condamné conservent les droits qu'ils ont recueillis dans sa succession, ouverte par la mort civile, à moins bien entendu d'arrangements volontaires de leur part. De même, le mariage du condamné, dissous par la mort civile, reste dissous ; le conjoint reste libre de contracter, s'il ne l'a fait encore, une nouvelle union ; le condamné, relevé de la mort civile par la loi de 1854, a même liberté.

Abolissant ainsi la mort civile, le législateur de 1854 a procédé comme celui de 1850 : il a étendu aux peines criminelles perpétuelles le système admis jusque-là pour les peines criminelles temporaires. Les deux situations, jadis distinguées, sont désormais assimilées ; les peines criminelles, perpétuelles ou temporaires, emportent : toutes la dégradation civique, toutes aussi, sauf le bannissement, l'interdiction légale (article 2 de la loi du 31 mai 1854).

De ces deux premiers articles de la loi de 1854 résultent deux conséquences.

a) Les articles du Code civil ou des lois postérieures qui étaient relatifs à la mort civile et à ses effets sont tacitement abrogés. Tel est le sort des articles 22 et suivants, au moins du plus grand nombre de ces articles, car il y en a quelques-uns qui doivent être réservés. D'autres articles, sans être abrogés d'une façon complète, le sont dans la partie qui touchait à la mort civile, comme par exemple les articles 227 et 718, qui signalent la mort civile à côté de la mort naturelle parmi les causes de dissolution du mariage et d'ouverture des successions.

b) Plusieurs articles, dont le texte n'a pas été matériellement modifié, doivent être lus désormais avec attention, car la portée s'en trouve changée. Tels sont les articles 28 et 29 du Code pénal, qui rattachent la dégradation civique et l'interdiction légale aux condamnations à des peines criminelles

1. Le législateur de 1854 aurait pu se dispenser d'attribuer ainsi, d'une façon formelle, effet rétroactif à la loi. Dans le silence de la loi, on aurait appliqué le principe des articles 2 du Code civil et 4 du Code pénal ; d'après ce principe, les lois pénales doivent être appliquées rétroactivement quand elles sont plus douces que les lois qu'elles remplacent.

temporaires ; ces articles sont toujours exacts, mais ils sont devenus incomplets, car la condamnation aux peines criminelles perpétuelles entraîne désormais la dégradation civique et l'interdiction légale, comme la condamnation aux peines temporaires.

En résumé, depuis la loi de 1854, toutes les peines criminelles sont placées sur la même ligne au point de vue des déchéances civiles qu'elles entraînent, sous cette seule réserve que le bannissement n'entraîne pas l'interdiction légale.

70. Cependant il existe encore, depuis 1854, au point de vue des déchéances, une différence assez notable entre les peines criminelles perpétuelles et temporaires, quoique l'article 2 de la loi de 1854 les assimile.

Avant la loi de 1854, la différence était profonde, la gradation ménagée ; l'intensité de la peine accessoire grandissait avec la gravité de la peine principale. Fallait-il les assimiler complètement ? La loi de 1850 n'avait pas reculé devant l'assimilation ; celle de 1854 ne voulut pas les mettre exactement sur la même ligne. Alors on a conservé, comme accessoire des peines criminelles perpétuelles, c'est-à-dire de celles qui avant 1854 emportaient mort civile, un des effets de la mort civile ; la gradation est ainsi maintenue.

Voici quel est cet effet. L'article 25 du Code civil disait : « Le condamné ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou « en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament, « ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. » Or l'article 3 de la loi de 1854, conçu dans les mêmes termes, frappe de la même incapacité les condamnés à des peines criminelles perpétuelles. C'est ce qu'on a nommé depuis l'incapacité spéciale résultant des condamnations à une peine criminelle perpétuelle. Elle s'ajoute aux deux peines accessoires communes à toutes les peines criminelles et la gradation se trouve maintenue.

Est-ce là une conception législative heureuse ? Il est permis d'en douter, tout en tenant compte des motifs qui ont fait maintenir cette incapacité spéciale. L'application de la règle nouvelle a fait naître quelques difficultés, dont il faut signaler les principales.

1° Le condamné à une peine perpétuelle ne pouvant pas disposer à titre gratuit, comment va-t-il s'y prendre pour

pourvoir à l'établissement de ses enfants ? Peu ou beaucoup, les enfants reçoivent toujours quelque chose des parents quand ils se marient ou s'établissent. Sous l'empire du Code civil, la condamnation à une peine criminelle perpétuelle emportant mort civile, la succession du condamné était ouverte et ses enfants entraient en possession de ses biens, de sorte qu'ils avaient ce qui pouvait leur revenir. Sous le régime introduit par la loi du 31 mai 1854, comment pourront-ils être dotés ?

La difficulté fut prévue et soulevée lors de la discussion de la loi de 1854 et une étrange méprise fut commise par le rapporteur de la loi. « En ce qui concerne l'établissement des « enfants du condamné, dit-il, le conseil de famille, et il y « en a un puisqu'il y a interdiction, avisera aux termes de « l'article 511 du Code civil. » L'article 511, supposant le mariage de l'enfant d'un interdit, donne, il est vrai, compétence au conseil de famille pour régler la dot, mais le rapporteur de la loi commet une erreur évidente en présentant l'incapacité spéciale comme une conséquence de l'interdiction légale. Comment le serait-elle, puisqu'elle entraîne une privation de jouissance et comment les droits dont la jouissance est retirée au condamné pourraient-ils être exercés en son nom ? L'article 511 est manifestement inapplicable et pourtant la réponse du rapporteur fut regardée comme suffisante, si peu juridique et réfléchie qu'elle fût.

Heureusement l'article 4 de la loi de 1854 fournit un remède à la difficulté. Cet article a repris, pour l'appliquer aux peines perpétuelles en général, le système introduit par la loi du 30 mai 1854 à propos des travaux forcés à temps dans les colonies pénitentiaires : celui qui permet au Gouvernement de remettre les incapacités. « Le Gouvernement, dit le « texte, peut relever le condamné à une peine afflictive per- « pétuelle de tout ou partie des incapacités prononcées par « l'article précédent. » Lors donc que l'incapacité spéciale de l'article 3 mettra obstacle à une donation, notamment à une constitution de dot que les circonstances rendent désirable, le Gouvernement pourra tourner l'obstacle en relevant le condamné de l'incapacité dont le frappe l'article 3. L'article 4, qui se rattache au système des grâces partielles, n'a pas été fait pour cela, mais il peut être utilisé à cette fin et ort heureusement.

2° Une autre difficulté, analogue à la précédente, résulte de ce que le condamné est déchu du droit de recevoir à titre gratuit. Aux termes de l'article 1075, les ascendants sont autorisés à faire entre leurs descendants le partage de leurs biens ; c'est ce qu'on appelle le partage d'ascendant. Or l'article 1078 s'exprime ainsi : « Si le partage n'est pas fait entre « tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les « descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour « le tout... » Cela étant, l'opération devient impossible si l'un des enfants a encouru une peine criminelle perpétuelle, car cet enfant est incapable de recevoir à titre gratuit. Il n'est cependant pas privé de ses droits éventuels sur le patrimoine de ses ascendants ; il les exercera dans la succession de ceux-ci, mais il n'a pas la faculté de recevoir à titre gratuit. Or le partage d'ascendant se fait par donation ou par legs.

Le remède à cette difficulté est encore fourni par l'article 4 de la loi : c'est la remise de l'incapacité encourue. Ici encore il faut observer que l'article 4 n'a pas été fait pour cela, quoiqu'on l'utilise à cette fin. Il faut ajouter que son application, dans l'espèce, pourra être assez singulière, car le condamné bénéficiera d'une remise d'incapacité non parce qu'il la mérite, mais parce qu'on veut faciliter à son ascendant une opération qui intéresse les autres enfants. On lui fera alors remise particulière par acte isolé et on aura évité les inconvénients de la loi.

3° Une dernière difficulté résulte à la fois de ce que le condamné est déchu du droit de disposer et de recevoir à titre gratuit. Cette double incapacité s'applique à toute espèce de donations. Or il y en a plusieurs sortes : les donations proprement dites, faites par devant notaires, et les dons manuels, dont l'importance varie à l'infini, depuis la remise de la main à la main d'un titre au porteur, qui peut représenter une valeur considérable, jusqu'aux cadeaux les plus minimes. Tout cela est-il également prohibé ? En droit, il est difficile de le contester, de sorte que le condamné à une peine perpétuelle est hors d'état de donner ou de recevoir des étrennes.

L'article 3 de la loi du 31 mai 1854 est donc assez peu satisfaisant. Il n'était pas nécessaire de maintenir un des effets de la mort civile et de conserver une gradation entre les peines criminelles temporaires et perpétuelles quant aux

conséquences civiles qu'elles entraînent. Il aurait mieux valu laisser tout à fait de côté la mort civile avec tous ses effets et généraliser le système de la loi de 1850.

71. Quoi qu'il en soit, tel est le système actuel quant aux peines accessoires en matière criminelle. La condamnation à une peine criminelle perpétuelle entraîne : la dégradation civique, l'interdiction légale, l'incapacité spéciale de donner et de recevoir à titre gratuit. La condamnation à une peine criminelle temporaire entraîne la dégradation civique et l'interdiction légale.

72. Reste à savoir, pour terminer sur ce sujet, à partir de quel moment les peines accessoires en matière criminelle sont encourues avec les déchéances qu'elles entraînent.

Relativement à l'interdiction légale, aucune incertitude. Aux termes de l'article 29 du Code pénal, qui ne prévoyait que les peines criminelles temporaires, mais qui a été étendu aux peines criminelles perpétuelles par l'article 2 de la loi du 31 mai 1854, les condamnés à une peine criminelle sont en état d'interdiction légale « pendant la durée de la peine » ; donc l'interdiction commence et finit avec la peine principale. Elle est encourue du jour où la condamnation est devenue irrévocable et dure autant que la peine principale, sauf bien entendu le cas de remise totale ou partielle de la peine par le Gouvernement.

Quant à la dégradation civique, qui est aussi, depuis 1854, l'accessoire de toute peine criminelle, aucune incertitude non plus. L'article 28 du Code pénal dit formellement à partir de quel moment ses effets se produisent : « Elle sera encourue « du jour où la condamnation sera devenue irrévocable, et, « en cas de condamnation par contumace, du jour de l'exécu- « tion par effigie. » Il faut donc distinguer selon que la condamnation est contradictoire ou par contumace.

En cas de condamnation contradictoire, le moment où la condamnation devient définitive se détermine aisément. Les arrêts de cours d'assises ne sont pas susceptibles d'appel ; ils ne peuvent être attaqués que par pourvoi en cassation et le condamné a trois jours pour se pourvoir (article 373 C. d'inst. crim.). Donc, au bout de trois jours à défaut de pourvoi, ou, en cas de pourvoi, dès le rejet du pourvoi, la condamnation étant définitive, les effets de la dégradation civique se produisent.

En cas de condamnation par contumace, ajoute l'article 28, la dégradation civique est encourue au moment de l'exécution par effigie. L'article 472 du Code d'instruction criminelle règle en quoi consiste l'exécution par effigie : elle consiste dans l'apposition, constatée par procès-verbaux, d'affiches contenant le texte de l'arrêt. Le dernier alinéa du texte ajoute : « Les effets que la loi attache à l'exécution par « effigie seront produits à partir de la date du dernier pro- « cès-verbal constatant l'accomplissement de la formalité de « l'affiche prescrite par le présent article. »

Aucune indécision n'est donc possible quant au point de départ des déchéances résultant soit de la dégradation civique, soit de l'interdiction légale. En ce qui concerne l'incapacité spéciale prévue par l'article 3 de la loi de 1854, c'est au contraire une question assez compliquée de savoir à quel moment précis elle est encourue. Cette déchéance est un reste de l'ancienne mort civile, un des effets de cette peine conservée comme accessoire des peines perpétuelles afin de ménager la gradation entre elles et les peines temporaires. On peut alors soutenir qu'elle est encourue comme l'était, d'après le Code civil, la mort civile elle-même. Or, d'après le Code, le moment où la mort civile était encourue variait selon que la condamnation était contradictoire ou par contumace.

Etait-elle contradictoire, l'article 26 rattachait la mort civile non à la condamnation, mais à l'exécution. C'était un sursis. « Les condamnations contradictoires, dit le texte, « n'emportent la mort civile qu'à compter du jour de leur « exécution, soit réelle, soit par effigie. » L'exécution réelle forme le cas le plus habituel après une condamnation contradictoire. S'agit-il de la peine de mort, l'exécution réelle a lieu quand le condamné cesse de vivre ; s'agit-il de la peine des travaux forcés ou de la déportation, le moment de l'exécution réelle est celui de l'entrée du condamné dans l'établissement où la peine est subie, le tout constaté par procès-verbaux. L'exécution par effigie se produit en cas d'évasion du condamné entre la condamnation et l'exécution. Les formes en sont indiquées par l'article 472 du Code pénal.

La condamnation était-elle par contumace, on sursoyait à la mort civile qui n'était encourue que plus tard : elle n'était encourue que cinq ans après l'exécution par effigie

(article 27). Cela se comprend. Les effets de la mort civile sont graves et même terribles ; une fois produits, ils sont irrémédiables, par exemple en ce qui concerne la dissolution du mariage. Or, en cas de condamnation par contumace, il se peut que l'accusé n'ait pas pu se présenter ; peut-être était-il au loin, peut-être n'avait-il pas été prévenu de la poursuite ; en tout cas, il a été condamné sans avoir été entendu ni défendu (articles 468 et 470 C. d'inst. crim.). On peut douter que la condamnation ait été prononcée à bon escient. Alors on surseoit à ses effets. De là le délai de cinq ans de l'article 27 ; on l'a appelé le délai de grâce. Pendant ce délai, le condamné n'est pas mort civilement ; il reste *integri status*. Donc, s'il meurt, si la peine est commuée, s'il se présente et purge sa contumace, il n'aura pas encouru la mort civile (article 31 C. civ.). Au bout des cinq ans, la mort civile est encourue. La longue résistance apportée par le condamné à se présenter rend improbable qu'il y ait eu erreur : la mort civile est encourue et ses effets se produisent. Seulement elle n'est pas encourue irrévocablement. Le condamné peut encore se présenter et purger sa contumace ; il le peut tant que la prescription de la peine n'est pas acquise, c'est-à-dire pendant vingt ans (article 635 C. d'inst. crim.). S'il se présente et qu'il soit condamné à nouveau, la mort civile restera encourue depuis l'expiration des cinq ans qui ont suivi l'exécution par effigie de la première condamnation. S'il se présente et qu'il soit acquitté ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile, il aura cessé d'être mort civilement depuis le moment où il s'est présenté (article 30 C. civ. et 476-2° C. d'inst. crim.). S'il ne se présente pas, la mort civile devient irrévocable ; il n'y a même plus place pour la réhabilitation, car, d'après les règles du droit pénal, les condamnés par contumace ne peuvent être réhabilités (article 619 C. d'inst. crim.).

Ce système, établi pour la mort civile par le Code civil et le Code d'instruction criminelle, est-il applicable à l'incapacité spéciale de donner et de recevoir qu'a conservée l'article 3 de la loi du 31 mai 1854 ?

L'affirmative est certaine au cas de condamnation par contumace, car l'article 3 de la loi de 1854 s'exprime ainsi dans sa dernière phrase : « Le présent article n'est applicable au « condamné par contumace que cinq ans après l'exécution

« par effigie. » Le délai de grâce est donc admis pour l'incapacité spéciale comme il l'était pour la mort civile ; l'incapacité spéciale n'est encourue, en cas de condamnation par contumace, que cinq ans après l'exécution par effigie.

N'est-ce pas alors que le système tout entier aurait été conservé, c'est-à-dire que, en cas de condamnation contradictoire, l'incapacité spéciale ne serait encourue, conformément à l'article 26 du Code civil, que par l'exécution ? D'où la loi de 1854, quoiqu'ayant abrogé par l'abolition de la mort civile les articles 22 et suivants, aurait laissé subsister ceux de ces articles qui ont trait à la fixation du moment où la peine est encourue[1].

L'opinion la plus générale est que la loi de 1854 se suffit à elle-même, qu'elle a abrogé complètement les articles 22 à 33, sans en réserver aucun. En cas de condamnation par contumace, elle maintient par une disposition formelle le délai de grâce ; en cas de condamnation contradictoire, elle rattache l'incapacité spéciale non à l'exécution de la peine, mais à la condamnation. « Le *condamné* ne peut disposer de ses « biens », porte la première phrase de l'article 3 ; et la seconde phrase est encore plus décisive : « Tout testament par « lui fait antérieurement à sa condamnation contradictoire, « devenue définitive, est nul. » Donc l'incapacité spéciale, dans ce cas, est encourue, comme l'interdiction légale et la dégradation civique, le jour où la condamnation est devenue définitive. C'est le droit commun ; il redevient applicable depuis l'abolition de la mort civile, puisque rien, dans la loi de 1854, ne déroge à ce droit commun.

Ce n'est pas là le seul point resté douteux ; il en est un autre : quel est, en cas de condamnation par contumace, l'effet du retour pendant la période qui s'étend depuis l'expiration du délai de cinq ans jusqu'à la prescription de la peine ? Si le condamné se présente ou est pris avant l'expiration des cinq ans, il n'a pas encouru l'incapacité spéciale. S'il ne se présente qu'après la prescription de la peine, il a encouru l'incapacité spéciale et il en reste frappé. Que décider s'il se présente pendant la deuxième période, c'est-à-dire après l'expiration des cinq ans et avant la prescription de la peine ?

1. C'est à cause de l'éventualité de cette solution que les éditeurs du Code continuent à y faire figurer les articles 22 et suivants. Peut-être, en effet, y a-t-il encore quelque chose à y prendre.

Du temps de la mort civile, avant 1854, deux articles, l'un du Code civil, l'autre du Code d'instruction criminelle, consacraient un système dont le mérite était discutable. L'article 30 du Code civil portait : « Lorsque le condamné par contumace, qui ne se sera représenté ou qui n'aura été constitué prisonnier qu'après les cinq ans, sera absous par le « nouveau jugement, ou n'aura été condamné qu'à une peine « qui n'emportera pas la mort civile, il rentrera dans la plénitude de ses droits civils, pour l'avenir, et à compter du « jour où il aura reparu en justice ; mais le premier jugement conservera, pour le passé, les effets que la mort civile avait produits dans l'intervalle écoulé depuis l'époque « de l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de sa comparution en justice. » La même règle est énoncée par l'article 476, 2° du Code d'instruction criminelle.

Si on applique cette règle à l'incapacité spéciale, la conséquence sera celle-ci : les donations faites depuis l'expiration des cinq ans jusqu'à la réapparition du condamné resteront frappées de nullité, malgré le retour, malgré l'acquittement survenu. Mais c'est un point très contestable. Les articles 30 du Code civil et 476, 2° du Code d'instruction criminelle consacraient une règle contraire au droit commun (article 476, 1° C. d'inst. crim.), règle critiquable et même injuste. Elle n'a pas été formellement maintenue par la loi de 1854 : pourquoi ne pas la regarder comme ayant disparu ? Donc, en cas de retour, si l'accusé n'est pas condamné à nouveau ou ne l'est qu'à une peine n'emportant pas l'incapacité spéciale, l'arrêt primitif tombe et l'incapacité n'aura jamais été encourue. C'est l'opinion qui a prévalu[1]. Si on l'admet, il faut en conclure que les articles 22 à 33 du Code civil ont été abrogés tout entiers par la loi de 1854 et qu'aucun d'eux n'a survécu.

Ce qui résulte de tout cela, c'est que la loi de 1854 n'a pas été suffisamment explicite quant à la fixation du moment où l'incapacité spéciale est encourue. Elle prévoit un cas (article 3 *in fine*), dans lequel elle reproduit la règle du Code civil. A-t-elle entendu par là maintenir l'ensemble du système ? Il y a là matière à d'interminables discussions.

1. Valette, *Cours de Code civil*, I, p. 96 ; — Demante, *Revue critique de jurisprudence*, année 1857, p. 78.

CHAPITRE III

DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS EN FRANCE QUANT AUX DROITS CIVILS.

73. Il s'agit de savoir dans quelle mesure les étrangers sont soumis à nos lois, dans quelle mesure ils peuvent en invoquer le bénéfice et, par suite, réclamer les droits reconnus par elles, en d'autres termes quelle est la condition des étrangers comparativement à celle des français.

Le droit s'est beaucoup transformé à cet égard avec le temps et se transforme manifestement à l'heure actuelle. L'histoire de ces transformations est curieuse et intéressante ; c'est tout un aspect de l'histoire de la civilisation. Il en faut prendre seulement ce qui est indispensable à l'intelligence du droit actuel.

Dans l'antiquité, partout à peu près, l'étranger a été exposé aux défiances et à l'aversion ; il était traité comme un ennemi et placé hors la loi. L'amour de la patrie, dans les cités antiques, se confond partout avec la haine de l'étranger. Sans parler des peuples qui, comme les Scythes, immolent les étrangers sur les autels de leurs dieux et croient en cela faire œuvre pie, d'une façon générale les cités s'isolent et refusent tout droit aux étrangers. A Rome notamment, on met entre l'étranger et le citoyen une barrière infranchissable : « *Adversus hostem æterna auctoritas esto* », a-t-on dit pendant longtemps.

Au début des temps modernes, l'époque féodale aggrave encore la condition des étrangers. L'étranger est considéré comme une épave jetée sur la terre féodale : il est serf du seigneur dans le domaine duquel il se trouve.

Dans la suite, le servage, auquel l'usage soumettait l'étranger, se transforme. Les Rois ne reconnaissent plus de serfs dans leur domaine direct ; les étrangers échappent au servage seigneurial en se plaçant sous la protection, sous

l'*avouerie* du Roi et on admet peu à peu qu'ils ne dépendent que du Roi. Mais cette exemption du servage ne fut en réalité qu'une transformation dans la nature des vexations dont les étrangers étaient l'objet. Ils avaient été serfs ; ils devinrent matière à impôt, source de revenus pour le trésor royal. Si on leur reconnaissait quelques droits, c'était moyennant finance et ainsi s'introduisirent les droits divers dont l'ensemble a formé le droit d'aubaine, ou droit des aubains, c'est-à-dire des *alibi nati*. Si un étranger s'établissait en France, il devait payer le droit de chevage, impôt annuel dû par le chef de famille, d'où son nom de *chefage* ou *chevage*. Si un étranger voulait se marier en France, il devait, pour en avoir licence, payer le droit de formariage. S'il mourait en France, sa succession était réglée conformément aux règles dont l'ensemble formait ce qu'on appela primitivement le droit d'aubaine.

Plusieurs de ces droits, qui formèrent l'ancien droit d'aubaine en France, tombèrent peu à peu en désuétude. Un seul survécut, qui devint le droit d'aubaine proprement dit, en vertu duquel le Roi prenait la succession testamentaire ou *ab intestat* laissée par un étranger ou à des étrangers. Les étrangers étaient incapables de transmission héréditaire ; ils ne pouvaient ni être héritiers ni avoir des héritiers. La règle comportait cependant quelques exceptions, notamment celle relative aux marchands étrangers qui venaient dans les foires, assises commerciales qui étaient les expositions universelles du temps. Les marchands étrangers n'y seraient pas venus si on ne les avait pas soustraits à l'application du droit d'aubaine, dont cela montre assez les dangers.

74. En 1789, ces idées exclusives et jalouses disparaissent brusquement. Les méfiances, les aversions subsistent encore entre les nations considérées comme êtres collectifs ; elles n'atteignent plus, à tout le moins on s'efforce qu'elles n'atteignent plus les individus. Les nationalités restent distinctes, avec leurs souvenirs, leurs caractères, leurs aspirations, leurs intérêts, mais le sol devient libre pour tous. Les habitants des cinq parties du monde le foulent en toute liberté ; à la haine de l'étranger succède l'idée d'une libre et complète réciprocité pour les personnes.

Deux motifs ont contribué à ce revirement.

D'abord un sentiment élevé d'humanité. On l'a bien souvent

observé : ce qui caractérise avant tout les conceptions législatives des premiers temps de la Révolution, c'est qu'elles s'élèvent au-dessus des considérations d'une politique locale, c'est qu'elles ont conçu la notion de l'homme et de l'humanité au-dessus de la notion de nationalité. Ces tendances ont conduit à respecter dans l'étranger sa qualité, ses droits d'homme.

Le second motif est de l'ordre qu'on appelle de nos jours économique. Il n'y a qu'intérêt pour un pays à attirer chez lui les étrangers, qui apportent avec eux leur industrie, leurs capitaux, en tout cas leur travail. La fortune publique est la résultante de l'activité de tous ; dès lors, c'est aveuglement de vouloir exclure les étrangers et c'est les exclure que les soumettre à des vexations.

Ces deux considérations ont dirigé les rédacteurs du décret des 6-18 août 1790, abolitif du droit d'aubaine ; le préambule contient les lignes suivantes : « La France libre doit ouvrir « son sein à tous les peuples de la terre en les invitant à jouir « sous un gouvernement libre des droits sacrés et inaliéna- « bles de l'humanité. » L'idée vaut mieux que la formule ; par application de cette idée furent supprimées toutes les vexations et charges qui frappaient les étrangers.

75. C'est sous l'influence très générale des idées dont la loi de 1790 est l'expression que le Code civil fut rédigé, non pas d'ailleurs sans d'importantes restrictions.

Depuis et de nos jours principalement, il est manifeste qu'une réaction très accentuée se produit contre les idées reçues depuis le commencement du siècle. La réaction se produit d'ailleurs non seulement en France, mais partout en Europe : les frontières tendent à se fermer de nouveau, comme jadis. Pour parler seulement de la France, le résultat est dû à des raisons diverses.

a) Il tient d'abord à des raisons d'ordre intérieur. Les facilités de locomotion amènent en France des gens de toute sorte, dont le nombre augmente chaque jour, ainsi que le révèlent les dénombrements de la population.

Le dénombrement se fait en France tous les cinq ans. C'est seulement en 1851 que fut pour la première fois relevée la nationalité des habitants de la France. Il y avait, à cette époque, 380.000 étrangers en France, soit une proportion de 1,06 étrangers pour 100 habitants. Or le dénombrement

quinquennal de 1891 a révélé que le nombre des étrangers établis en France était de 1.130.211, soit 3 0/0 de la population de la France. L'augmentation générale du nombre des étrangers habitant la France a donc été de 200 0 0 pendant la période qui s'est écoulée de 1851 à 1891. Or, comme pendant ces quarante années le nombre des habitants de la France s'est accru de 2.350.000 individus, comme, dans cet accroissement, la part des étrangers a été de 750.000 et celle des naturalisés de 150.000, il en résulte que l'élément étranger a contribué par plus de 900.000 individus, soit près de 39 0/0, à l'accroissement général de la population française.

La révélation de ces faits a produit un mouvement d'idées considérable, qui s'est traduit brusquement par un recul des sentiments de sympathie internationale ; on a senti partout le besoin d'une surveillance plus active et plus énergique.

b) Le résultat tient en outre à des raisons d'ordre économique. Le bien-être a augmenté partout depuis un siècle; par contre-coup, la production s'est généralisée et partout répandue, de sorte que les débouchés d'exportation se sont restreints. Alors on cherche à se garer contre la concurrence, qui écrase, dit-on, le marché français. Les frontières se relèvent de nouveau. Dans le monde du travail, dans le monde ouvrier, on se plaint de la concurrence des bras étrangers, à cause de l'influence qu'elle peut avoir sur les salaires; on poursuit l'exclusion de l'étranger comme moyen de protection de la main-d'œuvre nationale. Ces idées se sont développées dans la doctrine, puis elles ont pénétré dans les masses et de là viennent les rixes parfois sanglantes qui surgissent de temps à autre. Dans le monde de la production, soit agricole, soit industrielle, on se plaint de la concurrence à cause de l'influence qu'elle peut avoir sur les prix d'échange; on poursuit le rehaussement des droits de douane, qui sont poussés jusqu'à la prohibition comme moyen de protection de la production française. De là tout un mouvement qui se traduit par le protectionnisme en matière de douanes, par l'exclusion des travailleurs étrangers.

c) A ces deux raisons s'en ajoute une troisième qui donne encore plus de force aux deux autres et qui est d'ordre politique. Il est indiscutable que les rivalités internationales se sont ravivées depuis cinquante ans ; la fraternité des peu-

ples, entrevue et proclamée, est encore loin de devenir une réalité.

76. Ainsi s'expliquent les tendances qui se manifestent. Sous l'influence de ces trois causes s'est produit un mouvement marqué, qui est à l'heure actuelle en pleine activité ; le résultat est une réaction contre les idées qui dominèrent la loi au commencement du siècle relativement à la condition des étrangers.

Les plaintes sont-elles fondées ? Était-ce au commencement du siècle qu'on se trompait ? N'est-ce pas maintenant qu'on se fait illusion quand on pense se protéger en se fermant pour éviter la concurrence ? Si en effet chacun se ferme à son tour, n'est-il pas manifeste qu'on verra les échanges se rétrécir ? Questions graves, qui sont du domaine de l'économie politique. Il est du moins certain que les tendances indiquées ont influé sur la condition faite aux étrangers. Nous allons en trouver la trace dans quelques lois nouvelles bien significatives [1] et cela nous amène, laissant de côté les considérations générales, à commencer l'étude du droit positif.

77. Le droit actuel, en ce qui concerne la condition des étrangers, manque de précision ; il est indécis. Lors de la rédaction du Code, les idées nouvelles qui avaient amené le décret des 6-18 août 1790 étaient encore d'introduction récente ; les conséquences qu'elles impliquent étaient à peine déduites et non encore formulées ; il en résulta une situation mal définie. Puis est survenue la réaction contemporaine, qui a arrêté le développement des idées de 1790. De là quelques incertitudes qui subsistent.

Cependant, si quelques points restent incertains, il y a des idées générales sur lesquelles on est d'accord ; elles dominent le sujet et forment la base du système légal. Cinq propositions le résument. Trois d'entre elles ne sont que l'application de notions déjà énoncées ; deux seulement vont exiger quelques développements.

78. La première proposition n'est qu'un rappel. Les étrangers en France restent soumis à la loi de leur pays, à leur loi d'origine, pour tout ce qui concerne l'état et la capacité, en d'autres termes leur statut personnel. Ils ont, aux yeux

1. Nous avons rencontré déjà la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, dont on peut dire qu'en facilitant la naturalisation elle a facilité par là même l'exclusion des étrangers.

de la loi française, l'état et la capacité que leur donne la loi de leur pays ; ils y restent soumis et ils peuvent s'en prévaloir ; la loi française leur reconnaît tous les droits que leur donne leur statut personnel. En effet l'article 3, alinéa 3 porte que « les lois concernant l'état et la capacité des « personnes régissent les français, même résidant en pays « étranger » ; par réciprocité, les étrangers en France restent soumis à leur loi nationale [1].

Il résulte de là que les tribunaux français peuvent avoir à appliquer des lois étrangères. Il en est ainsi lorsque les tribunaux français doivent ou peuvent connaître d'une contestation où un étranger est partie, sur un point réglé quant à cet étranger par sa loi nationale. La loi étrangère alors a autorité en France [2].

De là l'importance qu'a prise en France, depuis que le nombre des étrangers a atteint l'énorme chiffre révélé par le dénombrement de 1891, l'étude des législations étrangères, sous le nom de législations comparées. Ce n'est pas seulement par curiosité d'esprit qu'on s'y livre, c'est par nécessité pratique puisqu'il y a lieu de les appliquer. Sous ce rapport, l'obligation où sont souvent les tribunaux français de juger d'après les lois étrangères est parfois difficile à remplir. Certaines lois étrangères sont traduites dans l'*Annuaire de législation étrangère* que publie la *Société de législation comparée*, mais ce recueil ne contient pas toutes les lois que les tribunaux français peuvent avoir à appliquer. En cas de doute, les parties présentent des actes émanés des autorités étrangères et constatant l'état de la législation sur le point en litige ; au besoin, les tribunaux demandent officiellement des renseignements et les obtiennent par l'intermédiaire du ministère des affaires étrangères.

1. Nous avons précédemment indiqué quelles sont les lois qui rentrent dans le statut personnel et nous n'avons pas à y revenir.

2. Il subsiste toutefois, dans la pratique française, une différence entre le caractère obligatoire des lois françaises et des lois étrangères. Il est admis en effet par une jurisprudence constante que la violation d'une loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation (Cass. 12 novembre 1872, D. P. 1874.I.168, Sir. 1873.I.17, — Cass. 23 février 1874, Sir. 1874.I.145, — Cass. 28 juin 1881, Sir. 1881.I.409), — Cass. 10 février 1892, D. P. 1892.I.199, Sir. 1892.I.317. Cette jurisprudence est très contestable, car, dès qu'on admet l'autorité de la loi étrangère et son application par les tribunaux français, on ne voit pas pourquoi on ne lui reconnaîtrait pas la même autorité qu'aux lois françaises.

79. La deuxième proposition est encore un simple rappel. Les étrangers en France sont soumis à celles des lois françaises qui rentrent dans la classe des lois territoriales ; ils y sont soumis et peuvent en réclamer le bénéfice. A cet égard, il n'est plus besoin d'induction ; l'article 3 est formel dans ses deux premiers alinéas. Nous avons vu sous cet article quelles sont les lois qui ont le caractère de lois territoriales ; ce sont : les lois de police et de sûreté, les lois relatives à la forme des actes et au régime de la propriété foncière. Nous avons dit en outre dans quelle mesure les lois relatives aux meubles sont de statut personnel ou de statut réel.

80. La troisième proposition mérite plus d'attention. Indépendamment des lois générales de police et de sûreté, qui sont applicables aux étrangers en vertu de l'article 3 et leur sont communes avec les français, il existe des lois qui sont spéciales aux étrangers et forment la police particulière des étrangers en France. Il en existe trois notamment.

1° Le décret du 2 octobre 1888, relatif aux étrangers résidant en France. Lors de son apparition, il a soulevé de vives polémiques en France et à l'étranger ; il impose aux étrangers, à leur arrivée en France, diverses prescriptions destinées à rendre possible la surveillance sur eux. Aux termes du décret, tout étranger non admis à domicile qui se propose d'établir sa résidence en France doit faire, dans le délai de quinze jours à partir de son arrivée, une déclaration énonçant : 1° ses nom et prénoms, ceux de ses père et mère, — 2° sa nationalité, — 3° le lieu et la date de sa naissance, — 4° le lieu de son dernier domicile, — 5° sa profession ou ses moyens d'existence, — 6° le nom, l'âge et la nationalité de sa femme et de ses enfants mineurs, lorsqu'il est accompagné par eux (article 1). Cette déclaration doit être appuyée de pièces justificatives et faite au maire de la commune où l'étranger veut fixer sa résidence ; à Paris, elle doit être faite au préfet de police et à Lyon au préfet du Rhône (articles 1 et 2). Elle doit être renouvelée lors de chaque changement de domicile (article 3). Enfin l'article 5 ajoute : « Les infractions aux formalités édictées « par le présent décret seront punies des peines de simple « police, sans préjudice du droit d'expulsion qui appartient « au ministre de l'intérieur en vertu de la loi du 3 décembre « 1849, article 7. »

Ces déclarations sont le point de départ de tout un service

de surveillance, organisé par des circulaires ministérielles. Les maires doivent transmettre par la voie hiérarchique tous les renseignements qu'ils reçoivent à la direction de la sûreté générale, qui est ainsi informée du mouvement de la population étrangère et peut la surveiller. Or ce n'est pas inutile, car, s'il y a, parmi les étrangers venant en France, des gens paisibles et laborieux, il y a aussi toute la tourbe internationale qu'on peut alors inviter à repasser la frontière.

Théoriquement, rien de mieux ni de plus juste. Cependant, le décret de 1888 a surpris lors de son apparition. On était à la veille de l'exposition universelle de 1889, où l'on conviait les étrangers ; était-ce bien le moment de les mettre ainsi en suspicion et sous la surveillance de la police ? Puis on a fait observer que toutes les prescriptions du décret existaient par avance dans des lois anciennes non abrogées, ce qui rendait inutile la rédaction du nouveau décret. Ces lois sont les suivantes :

a) La loi du 23 messidor an III (11 juillet 1795) ;

b) La loi du 20 novembre 1849, complétée par la circulaire ministérielle du 9 avril 1853, qui autorise le Gouvernement à assigner une résidence aux réfugiés politiques ;

c) Les règlements spéciaux qui, dans certaines localités, imposent aux étrangers l'obligation, sous peine d'exclusion, de se faire inscrire à leur arrivée ; telle est l'ordonnance du préfet de police en date du 8 septembre 1851, exigeant que tout étranger qui se propose de résider dans le département de la Seine obtienne, dans les trois jours de son arrivée, un permis de séjour.

Ce sont là des dispositions que les pouvoirs publics laissaient dormir avant 1888, des règles sur l'exécution desquelles l'administration fermait le plus souvent les yeux, mais qui n'en existaient pas moins et qu'on pouvait tirer de l'oubli si on le croyait nécessaire, sans qu'il fût besoin d'un décret nouveau. Les circonstances expliquent pourquoi l'on crut devoir rédiger ce décret. La Chambre des députés était saisie de deux projets de loi ; l'un proposait la création d'un impôt spécial sur les étrangers, d'une taxe de séjour analogue à l'ancien droit de chevage, l'autre prétendait limiter le nombre proportionnel d'ouvriers étrangers que les entrepreneurs de travaux publics pourraient employer. Pour

calmer les impatients en faisant quelque chose, on rédigea le décret de 1888 et les projets restèrent en suspens[1].

2° La loi du 8 août 1893, relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national, contient des prescriptions analogues à celles du décret de 1888. Comme le décret, elle impose aux étrangers certaines déclarations : « Tout étranger non admis à domicile, arrivant dans une « commune pour y exercer une profession, un commerce ou « une industrie, devra faire à la mairie une déclaration de « résidence en justifiant de son identité dans les huit jours « de son arrivée (article 1). » Les formes de la déclaration sont indiquées dans la suite du même article et l'analogie est complète avec les dispositions du décret de 1888. L'innovation consiste dans la sanction qu'organise la loi nouvelle. Tandis que le décret de 1888 frappait les contrevenants d'une peine de simple police, la loi de 1893 établit des peines correctionnelles : amendes de 50 à 200 francs, de 100 à 300 francs, emprisonnement de un à six mois (article 3). L'article 2 dit en outre : « Toute personne qui emploiera sciemment un « étranger non muni du certificat d'immatriculation sera « passible des peines de simple police. » Enfin l'article 4 « est ainsi conçu : Les produits des amendes prévues par la « présente loi seront attribués à la caisse municipale de la « commune de la résidence de l'étranger qui en sera frappé. »

C'est là qu'apparaît le caractère spécial de la loi, marqué d'autre part par la rubrique qu'elle porte : *loi relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national*. Le décret de 1888 n'organise que des précautions de police, destinées à renseigner sans retard l'administration sur les mouvements de la population étrangère. La loi de 1893 vise un autre but : elle cherche à protéger la main-d'œuvre nationale. Aussi, le décret de 1888 est-il applicable à tous les étrangers sans exception, tandis que la loi de 1893 est applicable seulement à ceux qui arrivent dans une commune en vue d' « y exercer une profession, un « commerce ou une industrie ». C'est pour cela que, mal-

1. Le décret du 2 octobre 1888 soulève une question constitutionnelle, celle de savoir dans quelle mesure le chef de l'Etat possède le pouvoir réglementaire et peut prononcer des peines par décret. Les maires peuvent porter des peines en matière de police municipale ; les préfets le peuvent quelquefois ; mais quels sont les droits du chef de l'Etat ?

gré l'analogie des prescriptions, la loi de 1893 n'a pas abrogé le décret de 1888. Leur sphère d'application est différente parce que leur but lui-même est différent : le décret est applicable à tous les étrangers, la loi de 1893 l'est seulement à quelques-uns.

On est depuis plusieurs années en présence des réclamations de la main-d'œuvre nationale contre la concurrence étrangère et de nouvelles propositions ont été déposées sur la taxe ou l'exclusion des étrangers. On a voulu par là donner une satisfaction indirecte à ces revendications, produire un effet d'opinion. Ces concessions apparentes auront-elles pour résultat de calmer les plaintes? L'avenir le dira, mais la chose paraît douteuse, car les conceptions de pure forme ne satisfont pas longtemps. La vérité est que nous retournons aux soupçons, aux tendances vers l'exclusivisme. Après une civilisation trop raffinée, nous avons comme besoin d'un peu de sauvagerie. Il faut cependant y prendre garde, car la mesure pourrait vite être dépassée.

3° Il existe une troisième loi spéciale aux étrangers, loi plus ancienne, plus importante et plus à l'abri des critiques : la loi du 3 décembre 1849 sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France. Dans celles de ses dispositions qui sont relatives à la naturalisation, cette loi a été abrogée par la loi du 26 juin 1889, mais le surplus est toujours en vigueur. Les articles 7, 8 et 9 donnent au Gouvernement le droit important, dont il use souvent, d'expulser les étrangers du territoire français en vertu d'un simple arrêté ministériel, par mesure de police.

Pour les français, le séjour en France est un droit qui ne peut être enlevé que par une condamnation judiciaire prononçant le bannissement (articles 32 et 33 du C. pén.). Les étrangers ont également la faculté de séjour, sous réserve du décret de 1888 et de la loi de 1893 ; mais cette faculté n'est qu'une tolérance qui peut leur être retirée. Déjà l'article 272 du Code pénal décidait que les individus condamnés pour vagabondage peuvent être conduits à la frontière par ordre du Gouvernement. La loi du 3 décembre 1849 généralise cette disposition dans les articles 7, 8 et 9. Le plus souvent, l'expulsion est une mesure individuelle ; quelquefois c'est une mesure collective : ainsi un arrêté du Gouvernement de la défense nationale en date du 16 septembre 1870 a exclu tous

les étrangers appartenant aux pays en guerre avec la France. La loi de 1849 ne prévoyait que l'expulsion définitive, qui pouvait d'ailleurs être rapportée. La loi du 8 avril 1893 a prévu les interdictions temporaires (article 3, alinéa 2). Puis, elle a reproduit la disposition contenue dans l'article 8 de la loi de 1849 : « L'étranger expulsé du territoire français, dit l'ar-« ticle 3, alinéa 3, et qui y serait rentré sans l'autorisation du « Gouvernement, sera condamné à un emprisonnement de « un à six mois. Il sera, après l'expiration de sa peine, recon-« duit à la frontière. »

En règle, c'est le ministre de l'intérieur qui prononce les expulsions ; dans les départements frontières, les préfets ont le même droit, mais seulement en ce qui concerne les étrangers non résidants. Lorsque l'expulsion est prononcée contre un étranger ayant obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, l'expulsion cesse d'avoir effet après un délai de deux mois si l'autorisation de domicile n'a pas été révoquée dans la forme régulière (article 7 de la loi de 1849).

La légitimité du droit d'expulsion n'est guère contestable. Si les étrangers ne cherchent en France que l'hospitalité, il faut qu'ils la trouvent ; mais s'ils profitent de l'hospitalité qui leur est donnée soit pour comploter de loin contre le gouvernement de leur pays, ce qui peut compromettre la France, soit pour se mêler inconsidérément à nos luttes, qui ne les regardent pas, soit pour faire scandale en France et y vivre aux dépens des français, ils ne méritent que l'expulsion. Le Gouvernement, gardien de la paix intérieure et extérieure, doit avoir le droit de les expulser [1].

Rien là qui ne soit absolument légitime. Cependant, la loi de 1849 est fort attaquée depuis quelque temps. L'esprit de parti est intolérant ; les partis se sont inquiétés d'expulsions prononcées contre leurs adeptes et se sont élevés contre le droit même d'expulsion. Les Chambres ont été saisies de projets et propositions modifiant à cet égard la loi de 1849 ; discutées deux fois à la Chambre des députés en 1882, ils ont été renvoyés à la commission et n'ont pas reparu. Contradic-

1. Il y a même un cas où l'étranger résidant en France est, de plein droit, l'objet d'une instruction à fin d'expulsion : c'est celui dans lequel cet étranger encourt une condamnation correctionnelle. Voy. la Circulaire du ministre de l'intérieur du 17 septembre 1893, dans Weiss, *Traité théorique et pratique*, II, p. 89.

tion singulière avec les tendances notées plus haut! Les projets et propositions signalés procèdent d'une suspicion contre le Gouvernement, et c'est ainsi que s'explique la contradiction [1].

Tel est l'ensemble des règles qui forment la police particulière des étrangers en France. Il y a quelques années, des règles spéciales étaient applicables aux étrangers relativement à la contrainte par corps. La crainte de voir les étrangers se soustraire par la fuite à l'exécution de leurs obligations avait fait simplifier à leur égard les formalités nécessaires pour l'exercice de la contrainte. Elle était admise contre eux pour des sommes inférieures à celles pour lesquelles elle pouvait être exercée contre des français ; elle était admise rapidement et moyennant des formalités très sommaires.

La contrainte par corps a été abolie par la loi du 22 juillet 1867. La seule particularité qui subsiste à l'égard des étrangers en ce qui concerne la saisie se rapporte à la saisie foraine, dont s'occupe l'article 822 du Code de procédure civile et dont les formes sont plus simples, plus expéditives que celles de la saisie ordinaire. La saisie foraine est celle qui est opérée contre un débiteur forain. Qu'est-ce qu'un débiteur forain ? Il existe des incertitudes à cet égard, mais il est au moins hors de doute que l'étranger est un forain. En effet, le forain est celui qui habite *foras*, c'est-à-dire dehors, qui est étranger à la ville où le créancier est domicilié ; or, en France, tout étranger est forain : donc, par rapport aux étrangers la saisie foraine est possible.

81. 4e proposition. — On s'accorde à refuser aux étrangers toute participation aux droits politiques. La chose publique française ne les regarde pas ; elle est chose nationale par excellence : ils n'ont ni qualité ni intérêt pour intervenir. Le principe est certain ; l'application présente néanmoins quelques difficultés, parce que la limite qui sépare les droits politiques des droits civils manque de précision.

Nul doute quant aux droits politiques proprement dits, qui consistent dans une participation au gouvernement du pays : l'électorat, l'éligibilité, l'exercice des fonctions publi-

1. Voy. sur ces projets et propositions, Weiss, *Traité théorique et pratique*, II, p. 90 et 91.

ques proprement dites, en d'autres termes tous les droits qui étaient l'apanage des citoyens alors que la qualité de citoyen formait un état spécial. Les étrangers ne sont ni électeurs ni éligibles ; ils ne peuvent exercer aucune fonction publique ayant le caractère d'une délégation de la puissance sociale, ni entrer dans les écoles du gouvernement qui conduisent à ces fonctions [1].

Aux droits politiques proprement dits, diverses lois ont assimilé formellement des droits qui, sans avoir ce caractère, sont considérés comme une dépendance de la capacité politique. Ainsi les étrangers ne peuvent pas être officiers ministériels (notaires, avoués, huissiers, commissaires-priseurs, agents de change), ni exercer la profession d'avocat ; les officiers ministériels n'exercent pas à vrai dire une fonction publique, mais ils ont des offices transmissibles dont ils sont investis par le Gouvernement, et, quant aux avocats, le seul fait de leur inscription au tableau leur donne aptitude à siéger comme juges dans certaines circonstances. Les étrangers ne peuvent pas davantage être témoins dans les actes authentiques (loi du 25 ventôse an XI, article 9, article 980 C. civ., article 585 C. procéd. civ.), avec exception toutefois pour les actes de l'état civil (article 37 C. civ.). Ils ne peuvent pas servir dans les armées (loi du 15 juillet 1889, article 3), si ce n'est dans la légion étrangère (loi du 9 mars 1831) [2]. Ils ne peuvent être gérants responsables d'un journal (loi du 29 juillet 1881, article 6). Enfin, ils ne peuvent ouvrir ou diriger des établissements d'instruction primaire, secondaire ou supérieure, ni y enseigner. Il va sans dire qu'ils ne peuvent être professeurs dans les établissements de l'Etat, car c'est une fonction publique ; mais ils ne peuvent même pas enseigner dans les établissements libres [3], à moins qu'une autorisation ne leur ait été accordée [4].

1. Voy. la loi du 21 novembre 1872 (art. 1) en ce qui concerne les fonctions de membre d'un jury criminel, et celle du 3 mars 1841 (art. 29) concernant celles de membre d'un jury d'expropriation, — les lois du 18 germinal an X (art. 16, 21, 32) et l'ordonnance du 25 mai 1844, en ce qui concerne les fonctions ecclésiastiques, — l'article 118 du Code de procédure civile et le décret du 30 mars 1808 (art. 49) en ce qui concerne les fonctions de magistrat.

2. Voy. Weiss, *Traité théorique et pratique*, II, p. 147, note 1.

3. Voy. pour les établissements d'enseignement primaire et secondaire la loi du 15 mars 1850, art. 25, 53, 60, — pour les établissements d'enseignement supérieur, la loi du 12 juillet 1875, art. 2.

4. Loi de 1850 (art. 78), loi de 1875 (art. 9). Cpr. le décret du 5 décembre 1850.

82. A tous ces égards, les textes sont formels. Il y a doute et controverse sur trois points.

1° Les étrangers peuvent-ils être choisis comme arbitres? Les arbitres ne sont pas des juges ; ils ne reçoivent pas une mission officielle, mais une mission de confiance. Aussi la Cour de Chambéry décide-t-elle que cette mission peut être remplie par des étrangers, mais il y a des arrêts contraires[1]. Même question sur le point de savoir s'ils peuvent être choisis comme experts ou comme syndics d'une faillite. Sont-ce là des délégations de la puissance publique?

2° Peuvent-ils adresser des pétitions aux Chambres sur des objets d'intérêt général ou privé? La jurisprudence parlementaire l'admet. Peut-être cependant conviendrait-il d'établir une distinction suivant l'objet de la pétition, suivant qu'elle touche à des droits dont l'étranger a la jouissance en France ou à des questions politiques et d'intérêt général[2].

3° Peuvent-ils être tuteurs, subrogés-tuteurs, membres d'un conseil de famille, d'une façon générale exercer les fonctions de tutelle? La tradition répond négativement. Ces fonctions, dit-on depuis le droit romain, sont des *munera publica*, des fonctions publiques. On trouve la trace de cette idée au Code civil, dans l'article 409, si bien qu'on s'est demandé si les français, pour exercer ces fonctions, doivent avoir la capacité politique. On la trouve aussi dans l'article 34 du Code pénal, aux termes duquel la dégradation civique fait perdre, en même temps que les droits politiques, l'aptitude à exercer les fonctions de tutelle. C'est une doctrine traditionnelle, mais la tendance actuelle est de diminuer le nombre des fonctions assimilées aux droits politiques, à ne plus considérer comme telles que celles qui consistent effectivement dans une participation à l'exercice de l'autorité publique. Or tel n'est pas évidemment le caractère des fonctions de tutelle, qui sont avant tout des fonctions privées, sans rapport véritable avec les droits politiques, dès lors avec la capacité politique.

La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans un arrêt du 16 février 1875, qui a fait grand bruit, car il consti-

1. Chambéry, 15 mars 1875, Sir. 1876. II. 85, *Journal du droit international privé*, 1876, p. 101.— Voy. Weiss, *Traité théorique et pratique*, II, p. 156 et 157.
2. Voy. Weiss, *loc. cit.*, p. 114 à 116.

tuait une nouveauté[1]. Il décide que la tutelle, au moins quand elle est déférée légalement à raison de la qualité de parent, peut être exercée par les étrangers. D'autres arrêts, depuis lors, se sont prononcés dans le même sens, notamment deux arrêts de la Cour de Paris en date des 21 août 1879[2] et 2 décembre 1882[3]. La tutelle, portent ces arrêts, est une charge de famille ; elle appartient aux parents en cette qualité, qu'ils soient français ou étrangers. Cette manière de voir est aujourd'hui courante en jurisprudence et la cause peut être considérée comme gagnée[4].

Cependant, ces arrêts n'ont résolu la question que dans un cas et laissent place au doute dans les autres. Il y a peut-être une distinction à faire, les étrangers ne devant être admis aux fonctions de tutelle que s'ils sont parents de l'incapable. Pour les parents appelés comme tels, les fonctions de tutelle sont un droit, une charge de famille ; on ne voit pas pourquoi ces fonctions seraient inaccessibles aux étrangers, puisqu'on leur accorde le droit de puissance paternelle sur leurs enfants français. Mais en est-il de même quand les fonctions de tutelle ne sont pas déférées à raison des rapports de parenté ? A défaut de parents, les fonctions de tutelle sont obligatoires même pour les non-parents (article 432). Ne sont-elles pas alors une charge sociale, un *munus publicum*, suivant l'expression consacrée ? C'est d'autant plus soutenable que l'article 34 du Code pénal distingue les deux hypothèses : celle où les fonctions de tutelle sont déférées à raison de la parenté et l'hypothèse contraire ; le condamné qui encourt la dégradation civique reste capable des fonctions de tutelle s'il s'agit de ses propres enfants et sur l'avis conforme de la famille. L'article 42 du Code pénal fait une distinction analogue à propos de la privation de certains droits civiques, civils et de famille ; les tribunaux correctionnels peuvent enlever à un condamné le droit d'être tuteur ou curateur, « si ce n'est de ses enfants et sur l'avis seulement de la famille ».

C'est la distinction que fait la jurisprudence en ce qui con-

1. D. P. 1876. I. 49, Sir. 1875. I. 193 (note de M. Labbé).
2. D. P. 1882. V. 415, Sir. 1880. II. 81.
3. Journal *Le Droit*, 3 décembre 1882.
4. Voy. les décisions judiciaires rapportées par Weiss, *Traité théorique et pratique*, II, p. 161, note 1. — Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art.11, n[os] 20 et suiv.

cerne l'aptitude des étrangers aux fonctions de tutelle. Aucune décision judiciaire n'a jusqu'à présent validé la nomination à ces fonctions d'un étranger non parent du mineur, mais il est bien probable que ce dernier pas finira par être franchi.

83. 5e proposition. — Elle a trait à la condition des étrangers quant aux droits *civils*. C'est ici qu'apparaissent les incertitudes annoncées au début. Les textes manquent de clarté, la tradition est indécise. C'est à peu près fatal ; toutes les fois qu'est employé ce qualificatif au sens mal fixé, l'équivoque survient.

Un point pourtant est hors de doute. Pour l'application des règles précédentes, la condition des étrangers est une, toujours la même et ne comporte pas de distinctions ; tous les étrangers restent soumis à nos lois territoriales, aucun n'a les droits politiques. Il en est autrement quant à la participation aux droits civils ; les étrangers peuvent se trouver à cet égard dans trois conditions.

1° Il y a pour eux une condition de droit commun, qui forme la situation ordinaire, générale.

2° Il y a une condition plus favorable, résultant de ce qu'ils ont été admis à établir leur domicile en France (article 13). Nous avons déjà rencontré cette admission à domicile. Elle est une condition de la naturalisation et sert de point de départ au stage ; elle intervient pour l'application de la loi de 1849 relativement au droit d'expulsion ainsi que pour l'application du décret de 1888 et de la loi de 1893, lesquels ne sont pas applicables aux étrangers admis à domicile. Nous la retrouvons à propos de la condition des étrangers quant aux droits civils et elle reçoit ici une application bien plus générale.

3° La condition des étrangers peut enfin être particulière, en fait, à cause des traités diplomatiques passés avec le pays auquel ils appartiennent.

Trois conditions doivent donc être distinguées, dans lesquelles la règle s'applique différemment.

Maintenant, quelle est la règle ? L'article 11, texte fondamental, la formule en ces termes : « L'étranger jouira en « France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront « accordés aux français par les traités de la nation à laquelle « cet étranger appartiendra. »

D'après cet article, la capacité civile de l'étranger, son admis-

sion à la jouissance des droits civils en France, ne pourrait être établie qu'en fait, en consultant les traités passés avec la nation à laquelle il appartient et la situation que ces traités font aux français dans son pays. Le texte établit en effet, pour les droits civils, ce qu'on a appelé depuis le principe de réciprocité diplomatique. Il ne reconnaît pas à l'étranger en France les droits civils que la loi du pays auquel cet étranger appartient reconnaît aux français ; en adoptant une règle ainsi formulée, la loi française, quant à la condition des étrangers, aurait accepté de dépendre de la loi étrangère et des fluctuations de celle-ci, ce qui n'est pas possible. Le texte reconnaît à l'étranger les droits que les traités passés par la France avec la nation à laquelle il appartient assurent aux français, ce qui réserve, quant à la condition des étrangers en France, la souveraineté nationale.

84. Il semble que la règle soit claire et décisive : la condition civile des étrangers en France résulte des traités. Cependant, si explicite que soit l'article 11, il n'est pas possible de s'en tenir à cette donnée car il y a des droits civils, et c'est le plus grand nombre, dont les étrangers ont certainement la jouissance en France en dehors de tout traité ; d'où il résulte que l'article 11 ne doit pas être pris au pied de la lettre et n'a pas la généralité qu'il paraît avoir.

Cela tient à ce que l'expression *droits civils*, dans cet article, n'a pas été prise avec la signification large qu'elle a le plus souvent, comme synonyme de *droits privés*, par opposition à *droits politiques*. Les rédacteurs du Code ont pris ici les mots *droits civils* non dans leur acception doctrinale, mais dans une acception étroite, empruntée au droit romain, conservée dans l'ancienne pratique française et encore usitée en 1804. En droit romain, le *jus civile* est le *jus proprium civitatis*, par opposition au *jus gentium*, au *jus quo omnes gentes utuntur*. Alors les droits civils de l'article 11 sont ceux des droits privés qui sont des créations de la loi locale, de la loi civile, par opposition à ceux qu'on trouve en usage dans tous les pays. De ces derniers, qui sont les droits privés du droit des gens, les étrangers ont en France la pleine jouissance, de même que les français. La règle n'est écrite nulle part, mais elle est sous-entendue. L'article 11 n'a trait qu'aux droits civils proprement dits, auxquels seuls s'applique le principe de réciprocité diplomatique.

Cette distinction, à tort ou à raison, était admise dans l'ancien droit par tous les auteurs ; maints passages des travaux préparatoires du Code civil prouvent qu'elle le fut par les rédacteurs de l'article 11 ; c'est pourquoi on la retrouve de nos jours dans une foule d'arrêts[1].

Ainsi s'explique l'ensemble des dispositions du Code. Il part du principe de réciprocité diplomatique inscrit dans l'article 11 et cependant il reconnaît aux étrangers, explicitement ou implicitement, en dehors de tout traité, la plupart des droits privés. C'est qu'il les considère comme dérivant non du *jus civile*, mais du *jus gentium*, dès lors comme n'étant pas des droits civils, de telle sorte que l'article 11 ne leur est pas applicable.

85. Ces droits sont nombreux et importants ; ce sont presque tous les droits civils. On peut les ranger en quatre classes.

a) En dehors de toute prévision des traités, les étrangers peuvent être propriétaires en France. La propriété est un droit civil ; mais elle n'est pas du *jus civile* proprement dit, elle est du *jus gentium* ; donc l'article 11 n'est pas applicable. Cela résulte implicitement de l'article 3, alinéa 2, qui détermine le régime légal des immeubles possédés en France par des étrangers. Si le droit de posséder des immeubles leur appartient, ils ont *a fortiori* celui de posséder des meubles, par conséquent le droit de propriété de la manière la plus large. Par propriété il faut entendre non seulement le droit de propriété proprement dit, tel que le définit l'article 544, mais les dérivés de la propriété, en d'autres termes tous les droits réels énumérés par l'article 543.

Il y a plus. Le droit d'être propriétaires entraîne, pour les étrangers, l'aptitude à tous les actes par lesquels la propriété s'acquiert, s'exploite et se transmet. C'est complètement vrai depuis la loi du 14 juillet 1819, qui a aboli en France ce qui restait encore du droit d'aubaine. Elle est intitulée : *loi abolitive des droits d'aubaine et de détraction*. Quelques indications doivent être fournies à cet égard.

Le droit d'aubaine, déjà défini, était primitivement le droit, reconnu au Roi, de s'emparer des successions laissées en France par des étrangers ou à des étrangers. Les étrangers

1. Aubry et Rau, I, p. 291 et s.

étaient incapables de transmission héréditaire, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient ni transmettre, ni recevoir par voie de succession testamentaire ou *ab intestat*. En vertu du droit d'aubaine, le Roi recueillait les successions laissées par des étrangers, fût-ce à des français, et celles laissées à des étrangers, fût-ce par des français.

Le droit d'aubaine ainsi compris subit avec le temps d'importantes transformations. Un grand nombre d'individus isolés bénéficièrent d'exemptions les soustrayant au droit d'aubaine ; des exemptions analogues furent accordées à certaines catégories de personnes, telles que les marchands ; la jurisprudence des parlements atténua le droit d'aubaine à certains égards ; enfin et surtout des traités intervinrent avec les puissances étrangères, portant abolition du droit d'aubaine pour les nationaux de certains Etats, en échange d'avantages similaires accordés par ces Etats aux français. Dans ces traités, les rois se réservèrent souvent le droit de prélever une quote-part des successions laissées soit à des étrangers, soit par des étrangers ; ce droit dit de *détraction* était fixé le plus souvent au cinquième ou au dixième du capital [1].

Le droit intermédiaire, rompant avec les traditions de l'ancien régime, abolit et le droit d'aubaine et le droit de détraction. L'abolition est consacrée par l'article 1 du décret déjà cité des 6-18 août 1790 : « Le droit d'aubaine et celui « de détraction sont abolis pour toujours. »

En dépit de cette déclaration, le droit d'aubaine fut relevé, partiellement au moins, par le Code de 1804, dont l'article 726 est ainsi conçu : « Un étranger n'est admis à succéder aux « biens que son parent, étranger ou français, possède dans « le territoire du royaume, que dans le cas et de la manière « dont un français succède à son parent possédant des biens « dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article 11. » L'article 912, à son tour, est conçu en ces termes : « On ne pourra disposer au profit d'un étran- « ger que dans le cas où cet étranger pourrait disposer « au profit d'un français. » Le législateur de 1804 revient ainsi sur l'abolition prononcée en 1790 ; il va même plus loin que l'ancien droit n'avait jamais été. Si, en effet, le droit de

1. Sur les transformations successives du droit d'aubaine dans l'ancienne France, voy. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 365-374, — Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, II, p. 57 à 77.

laisser ou de recueillir une succession, testamentaire ou *ab intestat*, a été regardé dans l'ancienne France comme un droit *civil*, il en était autrement du droit de disposer ou de recevoir par donation entre vifs. Or, d'après l'article 912, l'incapacité de l'étranger s'étend au droit de recevoir par donation entre vifs.

Les motifs qui ont déterminé le législateur de 1804 sont simples. L'exemple donné par la France en 1790 n'avait pas été imité partout ; il en résultait que des étrangers succédaient librement en France, tandis que les successions laissées à des français en pays étranger étaient confisquées en vertu de l'aubaine conservée. On craignit que la France ne fût victime ou dupe de sa générosité. De là vint la réaction consacrée par les articles 726 et 912 ; elle fut une menace à l'adresse des nations qui n'avaient pas accepté les principes du décret de 1790.

La menace produisit effet ; des traités intervinrent avec presque tous les États relativement au droit de succession[1]. Quand le résultat fut obtenu, on put sans danger revenir aux principes proclamés en 1790. C'est ce que fit la loi du 14 juillet 1819, *relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction*. L'intitulé, d'ailleurs, en est inexact ; en effet, le droit de détraction, supprimé en 1790, n'avait pas été rétabli même partiellement et c'est mal à propos que le législateur de 1819 parle de l'abolir. Erreur évidente, qui s'explique par l'influence des souvenirs.

Quoi qu'il en soit, depuis 1819, les étrangers et les français sont assimilés au point de vue des successions, sauf la disposition spéciale écrite dans l'article 2 de la loi de 1819, disposition dont l'équité est manifeste, dont les conséquences et l'application seront étudiées à propos de l'article 726, au titre des successions. Voici l'espèce dont s'agit. Un français, ayant des enfants, se fait naturaliser à l'étranger ; il a ensuite de nouveaux enfants, puis meurt en laissant des biens en France et dans le pays où il s'est fait naturaliser. La disposition de l'article 2 est la suivante : « Dans le cas « de partage d'une même succession entre des cohéritiers « étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens « situés en France une portion égale à la valeur des biens « situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quel-

1. Voy. Gaschon, *Code diplomatique des aubains*, Paris, 1818.

« que titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes lo-
« cales. »

En résumé, les étrangers peuvent être propriétaires en France ; ils peuvent invoquer tous les modes d'acquisition, d'exploitation et de transmission.

b) Les étrangers peuvent être créanciers, c'est-à-dire avoir un droit non plus sur une chose mais contre une personne constituée débitrice. Ils peuvent l'être en dehors de tout traité. C'est ce qu'admettent implicitement les articles 14 et 15 : « L'étranger, dit l'article 14, même non résidant en « France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour « l'exécution des obligations par lui contractées en France « avec un français ; il pourra être traduit devant les tribu- « naux de France pour les obligations par lui contractées en « pays étranger envers des français. » L'article 15 ajoute : « Un français pourra être traduit devant un tribunal de « France pour des obligations par lui contractées en pays « étranger, même avec un étranger. »

De là découlent : 1° le droit d'invoquer les diverses causes d'où naissent les obligations ou créances, 2° le droit de se prévaloir des lois relatives à l'exécution des obligations (cautionnement, hypothèque, etc.).

c) Les étrangers ont tous les droits de famille ; notamment ils peuvent contracter mariage (articles 12, 19 et 170), ils ont la puissance maritale sur leur femme et la puissance paternelle sur leurs enfants [1]. Seulement les droits et les obligations résultant des rapports de famille sont réglés par leur statut personnel.

d) Plusieurs lois spéciales reconnaissent aux étrangers divers droits à propos desquels le doute s'était élevé, afin précisément de le faire cesser.

Ainsi ils peuvent : 1° être actionnaires de la Banque de France (décret du 16 janvier 1808, article 3) et dès lors de toutes les autres sociétés, — 2° être concessionnaires d'exploitations de mines (loi du 21 avril 1810, article 13), — 3° prendre des brevets d'invention (loi du 5 juillet 1844, article 27), ce qui consacre pour eux la propriété industrielle, — 4° ob-

1. L'arrêt de 1875, qui admet certains étrangers à l'exercice des fonctions de tutelle, tire de là son plus fort argument. Si en effet un étranger peut avoir la puissance paternelle sur ses enfants français, comment n'aurait-il pas la tutelle, qui n'est qu'un succédané de la puissance paternelle ?

tenir protection pour éviter la contrefaçon de leurs œuvres artistiques et littéraires (décret du 28 mars 1852, article 1), ce qui consacre pour eux la propriété artistique et littéraire, — 5° avoir la propriété des marques de fabrique (loi du 23 juillet 1857, article 5), ce qui est une autre application de la propriété industrielle.

Autant de questions d'abord douteuses et qui se trouvent résolues. L'assimilation, au point de vue civil, va toujours en progressant.

86. Mais alors quelle est donc la portée pratique de l'article 11, d'après lequel les étrangers n'ont en France que les droits civils accordés aux français par les traités passés entre la France et les pays auxquels ces étrangers appartiennent ? C'est un texte devenu gênant ; il formule, sous l'apparence d'une règle générale, une disposition qui ne s'applique que dans des cas très limités. La vérité est que les rédacteurs du Code, en écrivant l'article 11, ont songé surtout à une de ses applications, celle qui concerne le droit de succéder. C'est là, en effet, ce qu'il y a de plus saillant au point de vue civil dans l'histoire de la condition des étrangers en France. D'où l'article 11, en réalité, ne fut pas autre chose qu'un préambule des articles 726 et 912 ; depuis que ces articles ont été abrogés en 1819, la règle générale, si elle subsiste, est privée d'une de ses principales applications.

L'article 11 s'applique encore, car il est général ; seulement il ne s'applique qu'à un nombre très limité de droits civils : ceux que la tradition, à tort ou à raison, considère comme découlant du *jus civile*, par opposition au *jus gentium*. C'est assez dire que les applications possibles en sont aujourd'hui très limitées et le seront chaque jour davantage, car la distinction du *jus civile* et du *jus gentium*, si tant est qu'elle reposât pour les Romains sur une idée susceptible d'être précisée, n'est plus pour nous qu'une notion surannée, vague et insaisissable. En réalité, l'article 11 ne présente plus que deux intérêts pratiques, par l'indication desquels nous allons terminer ce sujet.

87. En premier lieu, il est quelques droits civils qu'aucun texte ne confère ni ne refuse, soit explicitement soit implicitement, aux étrangers ; dès lors, étant donné l'article 11, la question se pose de savoir si ces droits sont ou non des droits civils.

a) Un étranger peut-il avoir un domicile en France, avec les conséquences légales que le domicile entraîne, ou bien n'a-t-il qu'une simple résidence? Il a certainement un domicile dans le cas prévu par l'article 13; mais en est-il de même en dehors de ce cas? L'article 102 dit : « Le domicile de « tout français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au « lieu où il a son principal établissement. » La règle est-elle applicable aux étrangers? Cela revient à savoir si le domicile est une création du droit civil.

Il y a un effet du domicile à propos duquel la loi s'est expliquée formellement; c'est pour l'application de l'article 105 du Code forestier, relatif à l'affouage. On entend par là le droit pour les habitants d'une commune de prendre dans les forêts appartenant à la commune, considérée comme personne civile, le bois de chauffage et de construction d'après certains règlements. L'étranger a-t-il ce droit? Ce n'est pas un droit politique; ce n'est pas non plus précisément un droit civil; c'est un droit municipal et l'article 105 du Code forestier en fait une conséquence du domicile. L'étranger y participe-t-il? Il a fallu trancher la question, parce qu'elle est très pratique. De là deux lois qui ont modifié l'article 105 du Code forestier, celles des 25 juin 1874 et 23 novembre 1883. Voici quelle est la rédaction actuelle du texte : « Les étrangers qui rem« pliront les conditions ci-dessus indiquées ne pourront être « appelés au partage qu'après avoir été autorisés, conformé« ment à l'article 13 du Code civil, à établir leur domicile en « France. »

b) Un étranger peut-il adopter ou être adopté? La question se pose de même qu'à propos du domicile (article 343).

c) Un étranger père de famille a-t-il le droit d'usufruit légal en France? Il a la puissance paternelle, qui est plutôt un droit naturel qu'un droit civil. La question de savoir s'il a l'usufruit légal (article 384) se pose comme les précédentes.

d) La femme étrangère a-t-elle hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France? Elle peut se marier; mais l'hypothèque légale est un effet tout civil du mariage (article 2121).

e) L'étranger peut-il invoquer l'article 16 et exiger la caution *judicatum solvi*?

Il y a encore d'autres questions analogues, qui se rattachent à des matières spéciales. Sur toutes ces questions, dans

l'état actuel des textes, on peut discuter éternellement, jusqu'à ce qu'on ait trouvé le signe de plus en plus fugitif qui sépare les droits civils proprement dits des droits découlant du *jus gentium*.

Lors de la discussion de la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, on a eu un moment la pensée de résoudre ces questions. La commission du Sénat, dans le but d'y mettre fin, avait proposé la rédaction suivante pour l'article 11, qui aurait été complètement changé : « L'étranger jouit en France « des droits civils dont il n'est pas privé par une disposition « de loi, et, parmi les droits réservés, il jouit de ceux qui « sont reconnus aux français par les traités de la nation à « laquelle cet étranger appartient. » C'était l'opinion la plus favorable aux étrangers et toute espèce de doute aurait disparu avec cette rédaction. Le ministre de la justice attaqua vivement cette disposition. Elle allait, fut-il dit, contre la pensée et le but de la loi en enlevant aux étrangers tout intérêt à demander la naturalisation. La rédaction proposée fut retirée par la commission, sans vote, de sorte qu'on reste dans l'incertitude.

On a essayé, pour résoudre les questions litigieuses, de faire prévaloir des thèses générales. Les uns soutiennent qu'il est conforme à l'esprit du droit moderne de reconnaître à l'étranger tous les droits civils. Donc il aura tous ceux qui ne lui sont pas formellement déniés par la loi ; en cas de doute, les partisans de ce système adoptent la solution la plus favorable à l'étranger[1].

Les autres soutiennent qu'il est plus conforme à la tradition, au texte de l'article 11, quand il s'agit des droits civils proprement dits, de ne les reconnaître à l'étranger, en dehors des traités, que si un texte formel lui en accorde la jouissance ; en cas de doute, les partisans de ce système se prononcent contre l'étranger[2].

Ce sont là des thèses juridiques. La jurisprudence est hésitante. Comment se formerait-elle avec quelque sûreté en présence de données aussi incertaines? En général, elle reste attachée à la doctrine qui était celle de l'ancien droit et des

1. C'est la solution que la commission sénatoriale de 1889 proposait de faire ratifier par la loi.

2. Voy. l'exposé, la discussion de ces divers systèmes et les autorités dans Weiss, *Traité théorique et pratique*, II, p. 181 et suiv.

rédacteurs du Code civil ; elle exclut les étrangers des droits indiqués plus haut, vu qu'ils sont des créations du *jus civile* au sens étroit du mot [1].

88. Le second intérêt pratique est relatif à la question de savoir si les étrangers, en dehors des prévisions des traités, peuvent saisir les tribunaux français des contestations où ils sont intéressés. Ont-ils l'accès des tribunaux français et, réciproquement, en sont-ils justiciables ? En d'autres termes, les tribunaux français ont-ils compétence, en matière civile, à l'égard des étrangers ? Cela revient à savoir si la faculté de requérir l'intervention de l'autorité judiciaire est un droit civil, dans le sens de l'article 11.

Aucun texte ne l'établit directement. C'est cependant une question de pratique journalière, à raison du nombre considérable d'étrangers qui traversent ou qui habitent la France. Elle ne se pose qu'en matière civile ; les étrangers, en effet, sont soumis aux lois de police et de sûreté et ne peuvent par conséquent décliner les juridictions pénales. Voici, en l'absence de textes, les idées communément admises sur ce point.

89. Le droit de rendre la justice étant un apanage de la souveraineté, la jurisprudence admet que le droit de porter une contestation devant la justice est subordonné à l'intérêt que l'Etat peut avoir à intervenir dans la question soulevée. Partant de là, elle décide que les tribunaux français sont compétents, c'est-à-dire qu'ils peuvent être saisis et qu'ils doivent statuer sous peine de déni de justice, dans les deux cas suivants.

1° Si l'intérêt français est engagé par suite de la nationalité des plaideurs, ou au moins de l'un d'eux. Dès que l'un des plaideurs est français, l'intérêt français est engagé ; donc les tribunaux français sont compétents. C'est ce que supposent les articles 14 et 15.

L'article 14 suppose une instance engagée entre un étranger défendeur et un français demandeur : « L'étranger, même « non résidant en France, pourra être cité devant les tribu- « naux français, pour l'exécution des obligations par lui « contractées en France avec un français ; il pourra être tra- « duit devant les tribunaux de France, pour les obligations « par lui contractées en pays étranger envers des français. »

1. Voy. Renault, *Examen doctrinal de jurisprudence,* dans la *Revue critique* de 1884, p. 705.

Les tribunaux français sont donc compétents, sauf une restriction. L'article 14 ne porte aucune atteinte au principe de l'indépendance des Etats, d'où il résulte qu'un Gouvernement étranger ne pourrait pas être cité devant un tribunal français[1].

L'article 15 suppose l'hypothèse inverse, savoir que le français est défendeur et l'étranger demandeur : « Un français « pourra être traduit devant un tribunal de France, pour « des obligations par lui contractées en pays étranger, même « avec un étranger. »

Dans les deux hypothèses, il y a un intérêt français engagé à raison de la nationalité des plaideurs ou de l'un d'eux ; cela suffit pour que les tribunaux français soient compétents.

Les articles 14 et 15 supposent qu'il s'agit d'obligations contractées entre français et étrangers ; l'usage les étend, sans hésitation, à toutes les questions qui surgissent entre français et étrangers, notamment aux questions relatives à l'état des personnes. Par exemple, si deux époux ont chacun une nationalité différente, l'un étant français et l'autre étranger, les tribunaux français sont compétents pour statuer sur une demande en séparation de corps ou en divorce.

2° Les tribunaux français sont encore compétents si l'intérêt français est engagé par suite de la loi qu'il s'agit d'appliquer, c'est-à-dire si la loi à appliquer dans l'espèce est la loi française. Peu importe alors la nationalité des plaideurs ; fussent-ils étrangers tous les deux, les tribunaux français peuvent être saisis et doivent statuer[2]. Il en est ainsi lorsque deux étrangers ont un procès sur la propriété d'un immeuble situé en France, sur une question de servitude, sur toute question qui doit être tranchée d'après les lois de police ou de sûreté (article 3).

Ici, c'est la nature de l'affaire ou plutôt la loi à appliquer qui assigne compétence aux tribunaux français. Ils peuvent donc avoir compétence à raison de la nationalité des parties et aussi à raison de la loi à appliquer.

90. On peut se trouver dans une troisième hypothèse, la seule qui donne lieu à controverse : le litige s'élève entre

1. Cass. 24 janvier 1849, D. P. 1849.I.9 ; — Paris 15 mars 1872, D. P. 1873. II. 24, Sir. 1873.II.68 ; — Cpr. Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2e édition, p. 736.
2. Aix 23 mai 1887, D. P. 1888.II.200, S. 1888.II.104.

deux étrangers et il est de nature à être réglé par application de la loi étrangère. Par exemple il s'agit d'une question relative à l'état des personnes, à leur capacité : demande en divorce ou en séparation de corps, action en recherche de filiation, en nullité de mariage ; ou bien c'est une action purement personnelle, relative à un rapport d'obligation entre deux étrangers. Les tribunaux français sont-ils compétents ?

Ils le sont certainement dans deux cas :

1° Si les plaideurs ou l'un d'eux ont été admis à établir domicile en France, conformément à l'article 13. Aucun doute n'existe alors, car l'étranger admis à établir son domicile en France y jouit de tous les droits civils ; donc il a l'accès des tribunaux et le droit d'obtenir justice [1].

2° Si les plaideurs ou l'un d'eux appartiennent à une nation avec laquelle un traité a été passé donnant compétence aux tribunaux français quant à ses nationaux. C'est l'application pure et simple de l'article 11 [2].

Hors de là, si l'intervention des tribunaux français ne s'explique ni par la nationalité des plaideurs, ni par la nature de la loi à appliquer, ils sont incompétents. Les tribunaux français sont institués, disent une foule d'arrêts, pour rendre la justice aux français ; le temps qu'ils consacreraient à connaître des procès entre étrangers serait perdu pour les justiciables français. Dès qu'il s'agit de litiges à régler entre étrangers par application de la loi étrangère, l'intérêt français n'est plus engagé ; donc les tribunaux français sont incompétents. Il est de jurisprudence constante que le tribunal saisi doit se déclarer incompétent dès et par cela seul que le défendeur assigné récuse la juridiction française et réclame d'être renvoyé à ses juges naturels. Il est également de jurisprudence constante que le tribunal saisi peut se déclarer incompétent, même si les deux parties sont d'accord pour accepter la juridiction française. En d'autres termes, la juridiction des tribunaux français est facultative pour les parties, qui peuvent la décliner, et pour le juge, qui peut se récuser même quand les parties l'acceptent.

Ces règles, consacrées par de nombreux arrêts [3], comportent cependant deux restrictions.

1. Voy. Weiss, *Traité élémentaire*, 2e édition, p. 778.
2. *Loc. cit.*, p. 779 et 780.
3. *Loc. cit.*, p. 777 et p. 784 et suiv.

1° Elles ne sont pas applicables en matière commerciale, s'il s'agit d'opérations faites en France : le commerce est chose cosmopolite et ne connaît pas les barrières internationales[1].

2° Elles cessent d'être applicables toutes les fois qu'il s'agit de questions dans lesquelles l'ordre public est intéressé. Ainsi les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur les demandes de séparation de corps entre époux qui sont tous deux étrangers, mais ils sont compétents pour autoriser la femme à avoir une habitation séparée si la vie commune l'expose à des dangers, pour accorder à la femme une pension alimentaire en cas de besoin, pour contraindre le mari à la recevoir et à subvenir à ses besoins. Ainsi encore, les tribunaux français n'ont pas à s'immiscer dans les questions qui intéressent l'exercice de la tutelle d'un étranger, mais ils peuvent prescrire des mesures conservatoires dans l'intérêt du mineur[2].

Sous la réserve de ces deux restrictions, la règle posée reprend son application : les tribunaux français sont incompétents. C'est ainsi qu'à défaut de textes s'est formée la jurisprudence en France. Elle n'est pas à l'abri des critiques et est fort attaquée.

D'abord elle n'est pas conforme à la pratique des pays voisins, qui admettent en général la compétence, au moins par cela seul que les parties sont d'accord. Ils admettent que la distribution de la justice est un devoir imposé aux nations par le droit international ; elles ne peuvent refuser de rendre la justice aux étrangers qui la demandent.

En outre, la pratique française est quelquefois fort dangereuse. Comment s'y prendra, pour obtenir justice, l'étranger qui veut poursuivre un autre étranger dont il ignore le domicile, qui peut-être n'a pas de domicile et est un nomade? L'Etat français ne manque-t-il pas à son devoir en refusant la justice demandée ?

Aussi, depuis quelques années, il se produit un revirement dans la pratique française.

1° On n'admet le défendeur à exciper de son extranéité pour décliner la juridiction française qu'à charge de prouver

1. Weiss, *Traité élémentaire*, 2e édition, p. 782 et 783.
2. *Loc. cit.*, p. 781 et 782.

qu'il est rattaché à une autre patrie et qu'il y possède un domicile.

2° On n'autorise pas l'étranger à décliner la juridiction française s'il réside depuis longtemps en France, s'il y possède une résidence équivalant en fait à un domicile [1].

91. En résumé, il y a des cas nombreux où les tribunaux français sont compétents à l'égard des étrangers. En vue de ces cas, où des contestations intéressant des étrangers sont jugées par les tribunaux français, deux particularités doivent être notées. Elles touchent à la procédure plutôt qu'au fond même du droit et sont cependant visées au Code civil.

1re particularité. — Elle concerne les étrangers demandeurs devant les tribunaux français. Elle consiste en ce que l'étranger demandeur est tenu, si le défendeur l'exige, de donner une caution, communément appelée caution *judicatum solvi* (articles 16 C. civ. et 166 C. pr. civ.).

La caution est une personne qui se soumet envers un créancier à satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (article 2011). Ici, c'est une personne qui s'engage à désintéresser le défendeur des suites du procès engagé si l'étranger demandeur succombe et ne le désintéresse pas lui-même. Cette caution est un moyen d'assurer éventuellement l'exécution des condamnations à intervenir si le demandeur perd son procès, *quando judicatum fuerit*, et de là vient son nom de caution *judicatum solvi*. Par exemple le demandeur, s'il succombe, sera condamné aux dépens (article 130 C. pr.) ; il peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts si la poursuite a été téméraire. On a craint qu'un étranger ne soulevât un procès mal fondé, puis ne disparût après avoir entraîné le défendeur dans des frais que celui-ci ne pourra pas recouvrer. Le défendeur alors peut refuser de plaider jusqu'à ce que la caution ait été fournie et l'article 166 du Code de procédure lui confère à cet effet une exception dilatoire. On ne soumet pas l'étranger défendeur à l'obligation de fournir caution, car ce n'est pas lui qui attaque ; il est attaqué et doit avoir toute liberté pour se défendre sans aucune entrave. Mais tout demandeur étranger doit la caution, même si ce demandeur est

1. Trib. de commerce de la Seine 23 octobre 1877, *Le Droit*, 11 novembre 1877,— Paris 9 novembre 1878, *Le Droit*, 29 novembre 1878, — Trib. de la Seine 9 août 1884, *La Loi*, 10 août 1884, — Paris 5 novembre 1890, D. P. 1892. V. 298.

un Etat étranger[1]. La caution, dans cette hypothèse, est plus nécessaire encore que quand le demandeur étranger est un simple particulier. Dans ce dernier cas, en effet, on pourrait, par voie diplomatique, obtenir que le gouvernement étranger dont dépend le demandeur intervienne auprès de son national pour l'amener à composition. Pareil recours n'existe pas si c'est un Etat étranger qui est demandeur.

Donc tout étranger demandeur doit la caution. La loi d'ailleurs n'impose pas d'office que la caution soit fournie ; elle permet seulement au défendeur d'exiger qu'elle le soit. L'article 16 pourrait induire en erreur à cet égard ; en toutes matières, dit-il, l'étranger demandeur « sera tenu de donner « caution ». Ce sont des termes trop absolus, que rectifie l'article 166 du Code de procédure, aux termes duquel l'étranger demandeur n'est tenu de fournir caution que si le défendeur le requiert. La règle est sage, car il s'agit d'un intérêt privé ; la loi offre au défendeur un moyen d'éviter un péril, mais ne le force pas à user du moyen. C'est à lui de requérir que le demandeur fournisse la caution et il faut qu'il le requière sur les premières poursuites, sous peine de déchéance.

Le défendeur n'a pas toujours le droit d'exiger la caution. Le demandeur ne la doit pas :

1° Si l'étranger demandeur consigne une somme suffisante, car alors le danger disparaît. L'article 167 du Code de procédure le dit et ne fait en cela que reproduire le droit commun de l'article 2041 du Code civil.

2° Si l'étranger possède en France des immeubles suffisants, car, dans ce cas encore, il n'y a plus de danger (article 16 C. civ. et 167 C. proc. civ.).

3° Si l'étranger a obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France (article 13).

4° Si l'étranger en est dispensé par un traité passé entre la France et son pays (article 11). Les traités de ce genre sont nombreux[2].

Ces règles sont claires et précises. Il reste toutefois une question que ni l'article 16 du Code civil ni l'article 166 du

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 16, n° 22 ; — Weiss, *Traité élémentaire*, 2e édition, p. 760.

2. Sous l'empire du Code civil de 1804, la caution *judicatum solvi* n'était pas due en matière commerciale. L'article 16, qui établissait cette règle, a été modifié à cet égard par la loi du 5 mars 1895.

Code de procédure ne résolvent, celle de savoir quels sont les défendeurs qui peuvent exiger la caution de l'étranger demandeur. Le défendeur français peut l'exiger sans aucun doute et il faut en dire autant du défendeur étranger autorisé à établir son domicile en France (article 13)[1]. Le défendeur étranger qui n'a pas obtenu l'autorisation de domicile a-t-il le même droit?

L'article 16 ne faisant aucune distinction, on est tenté de conclure que la caution peut être demandée par l'étranger défendeur en dehors de toute autorisation de domicile. C'est la solution qui prévalut d'abord dans l'ancien droit et qui semble raisonnable, car la raison d'être de la caution réside dans l'impossibilité d'exécuter le jugement si le demandeur s'esquive et cette raison existe pour l'étranger comme pour le français. La solution cependant finit par être abandonnée ; au temps de Pothier, l'étranger défendeur ne pouvait exiger la caution qu'en offrant lui-même d'en fournir une[2]. Survient enfin l'article 16. A-t-il reproduit l'idée admise au temps de Pothier ou celle qui était admise précédemment ? La place occupée par l'article porte à penser qu'il s'agit là d'un bénéfice introduit au profit des français. La jurisprudence, longtemps hésitante[3], a fini par l'admettre et c'est conforme au sens qu'elle donne à l'article 11. Dès, en effet, que l'on distingue, parmi les droits privés, ceux qui sont une création de la loi civile au sens restreint du mot et ceux qui dérivent du *jus gentium*, il faut reconnaître que la faculté d'exiger la caution a tous les caractères d'un droit purement civil, d'une faveur légale. D'où il résulte que l'étranger ne peut y prétendre en France qu'en vertu des traités passés avec la nation à laquelle il appartient.

2e particularité. — Elle concerne les étrangers défendeurs et consiste en ce que l'étranger défendeur n'a pas le bénéfice de la règle *actor sequitur forum rei*, à moins qu'il n'ait été autorisé à établir son domicile en France et sauf le cas où un traité aurait été passé entre la France et le pays auquel l'étranger appartient. Voici quel est le sens et quelle est la portée de la règle.

Les tribunaux français sont compétents pour connaître

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 13, n° 20.
2. Pothier, *Traité des personnes et des choses*, 1re partie, titre I, sect. II.
3. Fuzier-Herman, *op. laud.*, art. 16, n° 54.

d'une affaire dès que l'un des plaideurs est français ; ils le sont, dès lors, pour connaître des poursuites intentées par un français contre un étranger à raison d'une obligation dont celui-ci serait tenu. Mais où le demandeur français pourra-t-il alors assigner l'étranger défendeur ? Les tribunaux français étant, d'une manière générale, compétents dans l'espèce, quel est spécialement celui de ces tribunaux qui devra connaître de la contestation qui s'élève ? C'est ce qu'on appelle, en langage de procédure, la compétence à raison des personnes, c'est-à-dire à raison des personnes engagées dans la contestation. Les lois de procédure règlent cette compétence et distinguent, à cet égard, suivant qu'il s'agit de matières *réelles* ou de matières *personnelles.*

La matière est appelée *réelle* lorsque le demandeur invoque un droit sur un immeuble : droit de propriété, d'usufruit, de servitude. L'affaire doit alors être portée devant le tribunal de la situation de l'immeuble (article 59, 3° C. proc. civ.) et il n'importe dans ce cas que le défendeur soit français ou étranger.

La matière est appelée *personnelle* lorsque le demandeur invoque un droit de créance, c'est-à-dire une obligation dont le défendeur serait tenu envers lui, ou un droit mobilier quelconque. L'affaire, d'après le droit commun, doit alors être portée devant le tribunal du domicile du défendeur (article 59, 1° C. proc. civ.) et c'est ce qu'on exprime par le brocard *actor sequitur forum rei.* S'il s'agit d'une obligation, le demandeur poursuit la personne qu'il prétend être obligée et il l'actionne là où elle est. S'il s'agit d'une matière mobilière, les meubles n'ayant pas de situation fixe, le demandeur s'adresse au défendeur là où il est. Dans les deux cas, *actor sequitur forum rei.*

C'est un droit important pour les défendeurs de pouvoir, en matière personnelle ou mobilière, décliner la compétence de tout autre tribunal que celui de leur domicile. Il en résulte que c'est au demandeur à se déplacer et à venir plaider là où le défendeur est domicilié ; la gêne et les frais du déplacement sont pour le demandeur. D'ailleurs c'est très légitime. En effet, rien ne prouve que la prétention soit fondée ; le défendeur ne peut qu'attendre l'attaque ; c'est au demandeur, qui prend l'initiative, de venir chercher son adversaire.

La règle établie par l'article 59, 1° du Code de procédure s'applique sans conteste quand le défendeur est français ; celui-ci peut se prévaloir de la règle *actor sequitur forum rei*. S'applique-t-elle aussi quand le défendeur est étranger ? Non et ici apparaît la particularité annoncée. L'article 14 donne au français créancier le droit de citer son débiteur devant les tribunaux français même si ce débiteur n'habite pas en France et sans distinguer suivant que l'engagement a été contracté en France ou à l'étranger.

Il y a là une dérogation au droit commun. Ce n'est plus au demandeur, c'est au défendeur à se déplacer ; au lieu d'aller chercher son adversaire là où il est, le demandeur peut l'appeler là où lui-même se trouve. Cette dérogation au droit commun s'explique par deux motifs. D'une part les français peuvent rencontrer des difficultés à se faire rendre justice à l'étranger ; d'autre part, munis d'un jugement rendu à l'étranger, ils pourraient rencontrer des difficultés à l'exécuter en France. Pour parer à ces difficultés, l'article 14 permet au français demandeur de saisir les tribunaux français. Le français est assuré alors d'une bonne justice et d'obtenir un jugement exécutoire en France. La légitimité d'une telle règle est contestable ; toujours est-il que l'étranger ne bénéficie pas du droit commun.

Ce n'est d'ailleurs, pour le français demandeur, qu'une faculté. Il peut n'en pas user ; il peut même y avoir renoncé lors du contrat intervenu, auquel cas il devra, conformément au droit commun, chercher son adversaire là où il se trouve, c'est-à-dire s'adresser aux juridictions étrangères. Les juges du fond apprécient souverainement, d'après les circonstances dans lesquelles le contrat a été passé, si le français demandeur a ou non fait cette renonciation [1].

L'article 14, en cela, est fort simple. En un point, il est incomplet. Il dit bien que le débiteur étranger peut être assigné devant les tribunaux français, mais il ne dit pas devant quel tribunal. Si l'étranger réside en France, il sera assigné au tribunal de sa résidence, conformément à l'article 59, alinéa 1 du Code de procédure, ou bien, s'il s'agit de matières commerciales, au tribunal du lieu où le contrat a été passé, s'il l'a été en France (article 420 C. proc. civ.). S'il réside à l'é-

1. Paris 9 janvier 1884, D. P. 1885. II. 231, — Cass. 16 mars 1885, D. P. 1886. I. 103.

tranger qu'il s'agisse de matières commerciales et que le contrat ait été passé en France, compétence appartient encore au tribunal du lieu où le contrat a été passé. Si le contrat a été passé à l'étranger ou si la matière n'est pas commerciale, il ne reste que le tribunal du domicile du demandeur. L'article 14 conduit jusque-là. Il consacre ainsi, tantôt dans une mesure restreinte, tantôt d'une manière absolue, une dérogation à la règle *actor sequitur forum rei.*

92. Telle est la condition des étrangers en France au point de vue des droits civils. Telle est au moins la condition de droit commun ; mais ce droit commun peut être modifié au regard de certains étrangers : 1° par les traités passés entre la France et le pays auquel ces étrangers appartiennent, 2° par l'admission au bénéfice de domicile.

1° *Par les traités.* — C'est l'application directe de l'article 11, du principe de réciprocité diplomatique. Les droits civils que la loi française refuse aux étrangers peuvent leur être accordés, les quelques gênes spéciales qui leur sont imposées peuvent être supprimées par un accord intervenu entre la France et les Etats étrangers. Les conventions à cet égard figurent dans les traités qu'on appelle habituellement traités d'amitié, de commerce ou de navigation. Ils ont été, à une époque, nombreux et importants. Ainsi, de 1804 à 1819, il en est intervenu un grand nombre écartant ce qui restait du droit d'aubaine, c'est-à-dire assurant aux français à l'étranger et aux étrangers en France le droit de succession ; ces traités n'ont plus, depuis la loi du 14 juillet 1819, qu'un intérêt historique. D'autres sont intervenus pour soustraire les étrangers à la contrainte par corps spéciale autorisée contre eux ; ils ont cessé d'avoir utilité depuis la loi du 22 juillet 1867. D'autres enfin sont intervenus à propos de la propriété industrielle, de la propriété artistique et littéraire et des marques de fabrique ; ils ont cessé d'avoir intérêt depuis que la loi française a admis de droit commun les étrangers à ces droits.

Les traités encore applicables à l'heure actuelle et faisant à certains étrangers une situation particulière sont de deux sortes : ils accordent aux nationaux de certains pays des droits non reconnus par le droit commun, ou bien ils les soustraient aux quelques règles spéciales qui leur sont applicables. Il en est qui soustraient les étrangers demandeurs à

l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*. Il en est qui soustraient les étrangers à l'expulsion administrative de la loi de 1849 ou qui en modifient l'exercice. Il en est qui reconnaissent aux étrangers le droit de saisir les tribunaux français comme les français eux-mêmes ; ils contiennent ce qu'on appelle la « clause de libre accès aux juridictions ». Il en est qui autorisent l'exécution en France des jugements rendus dans un pays, moyennant une concession réciproque.

Par ces traités s'opère peu à peu, en fait, l'assimilation quant aux droits civils ; par eux disparaissent peu à peu les différences qui subsistent de droit commun entre les français et les étrangers. A la longue, ils rendront vain le droit commun quant à la condition des étrangers en France.

Ce n'est pas ici le lieu d'étudier, même sommairement, ces traités ; il suffit de les signaler en renvoyant pour le détail aux livres qui traitent du droit international privé. L'importance de ces traités est devenue si grande de nos jours au point de vue civil qu'on a senti la nécessité de les réunir, comme on réunit les lois usuelles, dans des codes portatifs. Plusieurs publications récentes ont été faites dans ce but, parmi lesquelles on peut citer le second volume du *Traité théorique et pratique de droit international privé* de M. Weiss ; les principaux traités actuellement en vigueur touchant la condition civile des étrangers en France y sont rapportés dans un appendice, qui est le complément nécessaire de l'article 11.

2° *Par l'admission au bénéfice de domicile.* — Cette admission est prévue par l'article 13. C'est un texte sur lequel il n'y a guère que des questions de détail à relever et qui ne saurait nous arrêter longtemps.

Les étrangers n'ont besoin d'aucune autorisation pour résider en France, pour s'y établir, sauf les prescriptions du décret de 1888 et de la loi de 1893. Ceux qui y viennent autrement qu'en passant, pour y résider plus ou moins longtemps, à plus forte raison pour s'y établir définitivement et dans la pensée de se faire naturaliser, peuvent demander l'autorisation d'établir leur domicile en France.

Pendant longtemps on a considéré la situation qui résulte de l'admission à domicile comme une situation intermédiaire entre celle des étrangers ordinaires et celle des français, comme une sorte de demi-naturalisation à l'usage de ceux qui voulaient s'établir en France sans perdre leur na-

tionalité. En même temps, l'autorisation servait de point de départ au stage pour la naturalisation. On avait pensé qu'en l'exigeant au début du stage on faciliterait la surveillance au point de vue des enquêtes à faire plus tard sur le candidat à la naturalisation, que le fait de la demander indiquait d'ailleurs une intention plus réfléchie, plus persistante de briguer la qualité de français.

Depuis la loi de 1889, l'autorisation n'est plus le préliminaire indispensable de la naturalisation; dix ans de résidence effective valent trois ans de domicile autorisé (article 8, rédaction de 1889, 2e partie, no 2). D'autre part, on a voulu rattacher plus directement l'autorisation de domicile à la naturalisation. L'admission à domicile n'est plus une situation intermédiaire, mais une situation transitoire en vue de la naturalisation. Aussi c'est une situation temporaire, dont l'effet cesse au bout de cinq années si l'étranger ne demande pas la naturalisation ou si la demande est rejetée (article 13, rédaction de 1889, 2e phrase). L'unique objet est donc de préparer la naturalisation.

. La forme et les effets de l'admission à domicile sont indiqués par l'article 13. En la forme, l'autorisation est accordée par décret; celui qui la sollicite doit adresser sa demande au ministère de la justice. Quant aux effets, l'article 13, alinéa 1 (rédaction de 1889) les énonce en ces termes: « L'étranger « qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en « France y jouira de tous les droits civils. »

De ce texte très général on est tenté de conclure que l'étranger autorisé à établir son domicile en France est assimilé aux français. Il y aurait cependant erreur à le croire. En effet, l'étranger qui a obtenu l'admission à domicile ne reste pas moins étranger; autre chose est l'admission à domicile, autre chose la naturalisation. Même possédant en France un domicile autorisé, l'étranger reste soumis aux statuts personnels de son pays en ce qui concerne son état et sa capacité. Il ne participe pas aux droits politiques, auxquels il ne peut prétendre qu'en se faisant naturaliser. C'est seulement quant aux droits civils que l'admission à domicile améliore sa condition. Les enfants qui naissent de lui ne sont regardés comme naturels français ou admis au bénéfice de la naturalisation de faveur que dans les conditions prévues pour les enfants issus d'un étranger par les articles 8 et 9

(rédaction de 1889). Il reste soumis, à certains égards, aux règles de police qui sont édictées spécialement pour les étrangers et peut notamment être expulsé du territoire français (loi du 11 décembre 1849, article 7) ; toutefois, même à cet égard, sa situation est mieux garantie que celle de l'étranger ordinaire, car la mesure cesse d'avoir effet après un délai de deux mois si l'autorisation de domicile n'a pas été révoquée. Enfin, même indépendamment de toute expulsion, l'autorisation peut toujours être retirée et le retrait fait retomber l'étranger sous l'application du droit commun.

Donc, malgré la généralité des termes de l'article 13, l'étranger autorisé à établir son domicile en France n'est pas assimilé à un français. L'article 13 ne vise que les droits civils et c'est seulement dans la sphère des droits civils que l'assimilation est complète. Avant 1819, l'étranger pourvu d'un domicile autorisé évitait l'application des articles 726 et 912 ; avant 1867, il évitait l'application des règles particulières aux étrangers en matière de contrainte par corps. De nos jours encore, il n'est plus tenu, comme demandeur, de fournir la caution *judicatum solvi*[1] ; il peut s'adresser aux tribunaux français dans les mêmes conditions qu'un français[2] ; il possède enfin les quelques droits civils qui sont contestés aux étrangers ordinaires. Il peut adopter et être adopté[3] ; il a l'usufruit légal sur les biens de ses enfants mineurs[4] ; il peut, défendeur à une instance contre un étranger, exiger de celui-ci la caution *judicatum solvi*[5] ; il est soumis, quant à sa succession mobilière, à l'application de la loi française[6], effet très important, qu'on peut s'étonner de voir produit par une autorisation simplement temporaire.

En résumé, l'étranger pourvu d'un domicile autorisé conserve sa nationalité, mais, quant aux droits civils, sauf restriction formelle, il est assimilé à un français. C'est par là que le bénéfice de l'article 13 constituait, avant 1889, une situation intermédiaire de durée indéfinie. Depuis 1889, elle

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 13, n° 21.
2. Cass. 23 juillet 1855, D. P. 1855.I.353.
3. Paris 30 avril 1881, *Le Droit* du 3 mai 1831.
4. Weiss, *Traité théorique et pratique*, II, p. 197 et suiv.
5. Fuzier-Herman, *op. laud.*, art. 13, n° 20.
6. Toulouse 22 mai 1880, D. P. 1881.II.93.

est offerte à l'étranger pour le temps du stage, mais elle est intimement liée à la naturalisation et toute temporaire.

A qui profite l'autorisation de domicile ? Dans l'usage, une famille étrangère venant s'établir en France, son chef demande l'autorisation d'établir son domicile. L'autorisation obtenue produit assurément ses effets quant au chef ; les produit-elle aussi quant à la famille et aux enfants ? L'article 13 (rédaction de 1889, 3e phrase) contient à cet égard une indication : « En cas de décès avant la naturalisation, l'autorisa- « tion et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme « et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret « d'autorisation. » Mais l'autorisation profite-t-elle à la femme et aux enfants du vivant du chef de famille ? C'était une question déjà controversée avant 1889. La vérité paraît être que l'autorisation est toute personnelle, qu'elle ne s'étend ni à la femme ni aux enfants, même mineurs, ni à plus forte raison aux domestiques, à moins bien entendu qu'elle ne soit accordée nommément à tous[1].

1. *Sic* Weiss, *Traité théorique et pratique*, I, p. 321 et 322 ; — *Secus* Aubry et Rau, I, p. 313, texte et note 20 ; — Cpr. Le Sueur et Dreyfus, *op. laud.*, p. 62.

TITRE II

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

93. Les soixante-sept articles du Code (livre I, titre 2, articles 34 à 101) qui concernent les actes de l'état civil ne contiennent, pour la plupart, que des dispositions réglementaires, sur lesquelles il est superflu de s'arrêter longtemps. Fixons d'abord le sens des termes élémentaires en cette matière : état civil, actes de l'état civil.

1° *Etat civil.* — Dans cette locution, le mot *état* a le même sens que dans l'article 3, alinéa 3 ; on entend par là les diverses qualités d'où résulte la jouissance des droits, c'est-à-dire la situation d'où ces qualités résultent. L'état d'une personne est l'ensemble des qualifications juridiques qu'elle peut porter ; c'est aussi chacune de ces qualifications en particulier et la condition qui y répond. Les qualités de français ou d'étranger, d'époux, de père, de mère, d'enfant légitime, naturel, adoptif, etc. sont autant d'états différents ; à chacune de ces qualifications ou qualités correspondent certains droits et obligations qui en découlent : chacune d'elles constitue un état juridique.

L'état, ainsi entendu, se détermine pour chaque individu par la naissance ; il est irrévocablement fixé par la mort ; entre ces deux événements extrêmes, il peut être modifié par différentes causes qui font acquérir ou perdre diverses qualités ou états : le mariage, l'adoption, l'interdiction, le divorce, la naturalisation, etc.

Les questions contentieuses qui surgissent à propos de l'état des personnes s'appellent questions d'état. Elles donnent lieu à des actions en réclamation d'état quand une per-

sonne prétend établir à son profit un état qu'elle n'a pas en fait, à des actions en contestation d'état quand un tiers conteste à une personne l'état dont celle-ci a la possession. Ces questions sont considérées à bon droit comme ayant une importance particulière ; c'est en effet de l'état des personnes que découlent en général leurs droits, leurs obligations. Aussi elles sont soumises, au point de vue de la procédure, à des règles spéciales qu'explique leur importance. Ainsi notamment le décret du 30 mars 1808 (article 22) veut qu'en appel les questions d'état soient jugées en audience solennelle[1].

A ce point de vue, il est nécessaire de ne pas confondre les questions d'état avec les questions de capacité. La distinction n'a pas besoin d'être faite à propos de l'article 3, alinéa 3, puisque les lois qui concernent la capacité sont de statut personnel au même titre que celles qui concernent l'état. Ici, la distinction présente une importance extrême et il est regrettable qu'elle soit parfois indécise. Ainsi, parmi les faits constitutifs de l'état des personnes, faut-il mentionner l'émancipation, l'interdiction, la nomination d'un conseil judiciaire, la séparation de corps ? Non. Ces faits, quoique modifiant la condition civile des personnes, n'influent pas en réalité sur leur état, mais seulement sur leur capacité ; ils n'influent pas sur la jouissance des droits, sur l'aptitude à en être titulaire, mais seulement sur leur exercice, sur l'aptitude à les exercer, distinction sur laquelle nous avons précédemment insisté. Aussi les actes qui constatent l'émancipation, l'interdiction, la nomination d'un conseil judiciaire, la séparation de corps, ne peuvent pas être appelés actes de l'état civil, d'où il faut conclure que les questions qui sont soulevées quant à ces divers faits ne sont pas des questions d'état dans le sens technique du mot et le décret de 1808 ne leur est pas applicable. C'est en effet ce qui est admis en pratique : les demandes en séparation de corps ne soulèvent pas une question d'état, car le mariage subsiste, mais il en est autrement des demandes en divorce, qui doivent par conséquent être jugées en audience solennelle. La jurisprudence est formée en ce sens, sauf cependant en ce qui concerne l'interdiction. L'interdit jouit de tous ses droits, qui

1. Voy. Balleydier, *Les questions d'état devant les cours d'appel*, dans les *Annales de l'Université de Grenoble*, tome IV (1893).

sont exercés par son tuteur ; donc l'interdiction ne modifie pas l'état, mais seulement la capacité. Cependant la jurisprudence décide que les demandes en interdiction doivent, en appel, être jugées en audience solennelle[1]. C'est une solution qu'il est impossible de justifier ; elle ne peut être que le résultat d'une confusion.

Nous ne mentionnerons pas davantage, parmi les faits constitutifs de l'état des personnes, les autorisations données à des étrangers d'établir leur domicile en France, ni les jugements d'où résultent des déchéances, même ceux qui, avant la loi de 1854, entraînaient la mort civile. Ce sont bien des faits ayant importance au point de vue de la jouissance des droits, mais ce sont des faits accidentels, dont il ne résulte pas à proprement parler un état, c'est-à-dire une situation stable, permanente, définitive[2].

2° *Actes de l'état civil.* — On nomme ainsi, d'une manière générale, ceux qui sont destinés à constater les faits constitutifs de l'état des personnes, à servir de preuve de l'état.

Il y en a un grand nombre. Indépendamment des actes de mariage, de naissance et de décès, on peut signaler les décrets de naturalisation, d'où résulte et qui prouvent l'état de français, les actes d'adoption, d'où résulte et qui prouvent l'état d'enfant adoptif ; les reconnaissances d'enfant naturel, qui établissent la filiation naturelle, les jugements qui prononcent le divorce ou l'interdiction, etc. sont autant d'actes relatifs à l'état des personnes, d'actes de l'état civil *lato sensu*, car chacun d'eux constate une qualité constituant un état auquel est inhérente la jouissance de certains droits.

Toutefois dans l'usage, et c'est le point de vue du Code civil, on n'appelle à proprement parler actes de l'état civil, *stricto sensu*, que les seuls actes constatant l'état de famille. C'est peut-être pour cela qu'on les appelle actes *de l'état civil* et non pas actes *de l'état* en général. Les décrets de naturalisation sont bien en réalité des actes relatifs à l'état, donc des actes de l'état civil ; il en est de même des jugements de divorce et d'interdiction ; mais on ne les comprend pas sous ce nom et les règles du titre II ne leur sont pas applicables. La raison de ce fait apparaîtra plus tard.

1. Cass. 23 mai 1860, D. P. 1860. I. 350, Sir. 1860. I. 958.
2. Rouen 22 février 1884, *Droit*, 4 mars 1884, — Cass. 6 novembre 1883, D. P. 1884. I. 471.

Plus spécialement même, le titre II ne donne le nom d'actes de l'état civil, *sensu strictissimo*, qu'à trois actes : l'acte de naissance, l'acte de mariage et l'acte de décès. Ils se rapportent à des faits dont deux se rencontrent inévitablement dans l'existence de chacun et le troisième habituellement ; ce sont les vrais actes de l'état civil ; ils se rapportent à des faits qu'il importe de constater régulièrement : ce sont les seuls dont s'occupe le titre des actes de l'état civil. Quant aux autres, c'est-à-dire les actes d'adoption, les reconnaissances d'enfant naturel, les jugements de divorce, quoique relatifs à l'état de famille, ils constatent des faits exceptionnels ; ce ne sont pas des actes de l'état civil ordinaire : en général, les dispositions du titre II ne leur sont pas applicables. Ils sont soumis à des règles qui leur sont propres ; elles sont décrites : pour l'adoption dans les articles 353 à 360 au titre de l'adoption, pour la reconnaissance dans l'article 334 au titre de la paternité et de la filiation, pour le divorce dans les articles 250 et suivants au titre du divorce.

En réalité, ce sont des actes de l'état civil et la loi les considère comme tels quoique ne les comprenant pas sous ce titre ; aussi, bien qu'elle en traite dans d'autres titres, elle veut, pour plusieurs d'entre eux au moins, qu'ils soient mentionnés sur les registres de l'état civil, preuve du lien qui les rattache aux actes de l'état civil proprement dits. Il en est ainsi pour les actes d'adoption (article 359) et de reconnaissance d'enfant naturel (articles 62 et 334), pour les jugements prononçant un divorce (article 251). Quelque chose d'analogue existe pour l'interdiction (article 501 et loi du 16 mars 1893). Mais enfin ce ne sont pas là les vrais actes de l'état civil, ceux que la tradition et l'usage appellent de ce nom, les fondamentaux. Même inscrits ou mentionnés sur les registres de l'état civil, ils ne sont pas soumis aux règles générales du titre II.

Il y a une raison historique qui explique cette limitation à trois actes du nom d'*actes de l'état civil*, au sens propre et précis de l'expression. Antérieurement à 1792, les actes de l'état civil ont été reçus dans les paroisses par les curés ou desservants. C'est à la pratique de ce temps qu'est due la coutume qui a survécu de ne considérer comme actes de l'état civil que les actes de naissance, de mariage et de décès. En effet, les ministres du culte n'intervenaient qu'à propos

de ceux-là, parce que c'était seulement à propos de la naissance, du mariage et de la mort que la religion intervenait par le baptême, le mariage et le service religieux des obsèques ; les actes constatant l'accomplissement de ces trois cérémonies religieuses furent regardés comme constatant en même temps les naissances, mariages et décès. L'usage s'est maintenu. Les registres de l'état civil ne sont établis que pour ces actes.

On pourrait utilement généraliser l'emploi de ces registres, qui n'ont certainement pas aujourd'hui toute l'utilité pratique dont ils sont susceptibles, en y centralisant tous les faits relatifs à l'état des personnes et les actes constatant ces faits. Il en a été souvent question. Plusieurs propositions ont été déposées en ce sens à la Chambre des députés, en 1883, 1885 et 1887. Elles demandent l'institution d'un casier civil, qui serait tenu avec fixité à un endroit déterminé et où seraient centralisés tous les faits, aujourd'hui disséminés un peu partout, qui sont relatifs à l'état des personnes et que les tiers peuvent avoir intérêt à connaître. Ce n'est pas l'état actuel des choses. Du reste nous retrouverons plus loin cette idée du casier civil[1].

En résumé, il y a un assez grand nombre d'actes relatifs à l'état des personnes. Tous, en un sens, sont des actes de l'état civil ; trois seulement forment les actes de l'état civil ordinaires, courants, fondamentaux : c'est d'eux que le titre II s'occupe sous le nom d'actes de l'état civil.

94. Passons maintenant aux détails. Ils sont très nombreux. Nous allons d'abord réunir les règles communes aux actes de l'état civil en général, c'est-à-dire aux trois actes fondamentaux ; c'est l'objet du premier chapitre du titre II. En second lieu, nous signalerons rapidement les règles spéciales à chacun des trois actes de naissance (chapitre II), de mariage (chapitre III), de décès (chapitre IV). En troisième lieu, nous noterons, plus rapidement encore, quelques règles applicables aux actes reçus dans certaines conditions exceptionnelles : à l'étranger, en mer, pendant une expédition militaire (chapitre V). En quatrième lieu, nous parlerons de la rectification des actes de l'état civil (chapitre VI). Enfin nous nous occuperons de la force probante des actes de l'état civil quant aux faits qu'ils constatent ; c'est l'objet des articles 45 et 46.

1. *Infrà*, p. 177, note 1.

CHAPITRE I

RÈGLES COMMUNES AUX ACTES DE L'ÉTAT CIVIL EN GÉNÉRAL.

95. Elles sont énoncées au chapitre I du titre II (articles 34 à 54). Elles sont relatives : 1° aux personnes qui concourent à la rédaction des actes de l'état civil, — 2° à la tenue des registres de l'état civil.

SECTION I. — Des personnes qui interviennent dans la rédaction des actes de l'état civil.

96. Il y en a trois : l'officier de l'état civil, les comparants ou déclarants, les témoins. Précisons le rôle et les attributions de chacun d'eux.

A. *L'officier de l'état civil.*

97. Jusqu'en 1792, les trois actes fondamentaux de l'état civil ont été reçus dans les paroisses par les curés ou desservants. Les registres des paroisses eurent ainsi, dans l'ancienne France, un rôle civil. On profita de leur existence, ce qui fut un progrès considérable, pour écarter en ces matières la preuve testimoniale, antérieurement admise et qui livrait à l'incertitude les faits de l'état civil. Diverses ordonnances des XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles posèrent les règles à l'observation desquelles était subordonnée la force probante des actes inscrits sur ces registres [1] ; les actes de cette époque, régulièrement reçus, conservent aujourd'hui encore leur caractère officiel et font légalement preuve des naissances, mariages et décès.

1. Ordonnances de 1539, 1579, 1667, 1736, 1782. Voy. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 462 et suiv.

Ce régime dut nécessairement être changé après 1789. L'intervention du clergé dans les actes de la vie civile suppose l'existence d'une religion d'Etat et même d'une religion d'Etat exclusive de toute autre. Si on admet la liberté de conscience et de culte, comment feront ceux qui appartiennent aux cultes dissidents ou qui s'éloignent de tout culte quelconque ? La difficulté était apparue à la fin du XVIe siècle, après l'édit de Nantes (1598), qui accorda aux protestants la liberté de leur culte ; ils furent alors autorisés, par imitation de ce qui était admis pour les catholiques, à faire constater leur état civil par les ministres de leur culte. Elle apparut bien plus grave, car elle devenait insoluble, un siècle plus tard, après la révocation de l'édit de Nantes (octobre 1685) ; les protestants furent placés dans l'alternative d'abjurer ou de n'avoir pas d'état civil, ce qui compromettait la régularité légale des unions, la légitimité des enfants et tous les droits en découlant. Cet état de choses, inique au premier chef, dura plus d'un siècle. A la fin du XVIIIe siècle, ce fut une question brûlante que celle de l'état civil des protestants. C'est à Louis XVI que revient l'honneur de le leur avoir rendu : l'ordonnance du 18 novembre 1787 chargea les officiers de justice de dresser les actes concernant les non-catholiques.

Ce régime ne devait être que transitoire. La séparation du spirituel et du temporel est un des principes essentiels du droit moderne. La loi doit être telle que toute personne puisse en invoquer ou en suivre les prescriptions, quelle que soit sa croyance, dont l'autorité civile n'a pas à s'enquérir parce qu'elle doit à toutes les croyances un égal respect. Conséquemment, les actes de la vie civile ne peuvent être constatés que par des personnes purement civiles, neutres par là même dans les questions de dogme et de culte, auxquelles tous indistinctement puissent recourir, sauf à faire ensuite séparément ce que leur dictent leurs croyances.

De là les dispositions du droit intermédiaire, qui ont, suivant l'expression reçue, sécularisé l'état civil. Le principe de cette sécularisation fut posé par la Constitution de 1791 : « Le pouvoir législatif, dit l'article 7 du titre II, établira pour « tous les habitants sans distinction le mode par lequel les « naissances, mariages et décès seront constatés ; il désignera « les officiers publics qui en recevront et conserveront les

« actes. » C'est ce que fit la loi du 20 septembre 1792 sur l'état civil, dont le Code a suivi les règles générales. L'article 1 porte : « Les municipalités recevront et conserveront « à l'avenir les actes destinés à constater les naissances, ma- « riages et décès. » Aux termes de l'article 2, le conseil de la commune devait désigner un ou plusieurs de ses membres pour remplir ces fonctions ; la loi du 28 pluviôse an VIII sur l'organisation administrative de la France les a confiées aux maires et adjoints qui les ont conservées depuis.

Ils relèvent, pour cette partie de leurs attributions, du pouvoir judiciaire et sont appelés officiers de l'état civil. Ils ont mission de constater, en présence de témoins, les faits concernant l'état civil des personnes, faits qui sont portés à leur connaissance par les comparants ou déclarants. A cet effet, ils sont chargés de tenir les registres et de dresser les actes de naissance, de mariage et de décès. Quant aux ministres des différents cultes, ils sont autorisés à tenir des registres particuliers pour la constatation des faits religieux : baptêmes, mariages, décès ; mais ces actes, depuis 1792, sont sans force probante dans la vie civile.

Les officiers de l'état civil sont en outre chargés de faire les publications de mariage (article 63), de procéder à la célébration des mariages (articles 75 et 165), de recevoir les reconnaissances d'enfants naturels (article 62) ; ces reconnaissances peuvent d'ailleurs être reçues par d'autres que par les officiers de l'état civil, ainsi qu'on le verra sous l'article 334.

98. Notons à ce propos quelques innovations du droit moderne. D'après la loi municipale actuellement en vigueur, celle du 5 avril 1884, le maire seul, en principe, exerce les fonctions d'officier de l'état civil, comme il a seul l'administration de la commune ; mais il peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints et, en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints, à des membres du conseil municipal (article 82). En cas d'absence, de suspension, de révocation ou de tout autre empêchement, le maire est provisoirement remplacé, dans la plénitude de ses fonctions, par un adjoint dans l'ordre des nominations et, à défaut d'adjoints, par un conseiller municipal désigné par le conseil, sinon pris dans l'ordre du tableau (article 84). Enfin, dans le cas où

le maire refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, le préfet peut, après l'en avoir requis, y procéder d'office par lui-même ou par un délégué spécial (article 85). L'autorité municipale doit toujours être présente et agissante ; les articles 82 et suivants de la loi de 1884 fixent, selon les cas, qui en exerce les fonctions. Les fonctionnaires désignés ont seuls le droit de procéder. L'acte qui serait reçu et rédigé par tout autre qu'eux serait sans valeur aucune [1].

Mais il ne suffit pas qu'un officier de l'état civil intervienne; il faut, en outre, que ce soit un officier de l'état civil régulièrement institué et compétent. Arrêtons-nous un instant sur chacune de ces deux conditions.

99. D'abord il faut un officier de l'état civil régulièrement institué. L'irrégularité pourrait provenir ici de deux causes : ou bien de ce que la personne investie de la fonction ne réunit pas les conditions légales nécessaires à l'exercice de la fonction, ou bien de ce que, en la forme, la désignation n'a pas été régulière.

Au premier cas, pas de difficulté sérieuse. L'autorité chargée de nommer les maires et adjoints doit veiller à ce que celui qu'elle investit de la fonction ait la capacité légale exigée. D'après la loi du 5 avril 1884, c'est le conseil municipal, sauf à Paris, qui nomme le maire et les adjoints parmi ses membres (article 73) ; à Paris, ils sont nommés par le chef de l'Etat (article 12). Or il va de soi que les particuliers ne peuvent être victimes des erreurs commises ; s'il arrivait que par erreur une personne incapable, privée par exemple de ses droits politiques par suite d'une décision judiciaire ayant entraîné la dégradation civique, eût été investie des fonctions et les eût exercées publiquement, sans protestation, les actes rédigés, quand même l'erreur serait plus tard reconnue, n'en resteraient pas moins valables. Rien là de spécial aux actes de l'état civil. C'est le droit commun ; c'est en vue d'hypothèses de ce genre qu'on a toujours dit : *error communis facit jus*, la capacité putative supplée la capacité réelle. A défaut d'un texte qui le dise, c'est de droit traditionnel incontesté ; on l'a de tout temps appuyé sur un texte du Digeste, la loi *Barbarius Philippus* [2]. Elle contient

1. Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 34, n° 35.
2. Fragm. 3, Dig., *De officio praetorum*, I, 14.

l'histoire d'un esclave fugitif qui devint préteur romain et par le fait duquel se posa la question de la validité des actes accomplis par lui. Ces actes furent validés : *hoc enim humanius est*, dit le texte et la jurisprudence est restée fidèle à cette manière de voir [1].

On peut hésiter davantage quand la désignation a été irrégulière en la forme ; car, en droit, la fonction n'appartient vraiment qu'à celui qui en a été officiellement et régulièrement investi. Bien des fois les tribunaux ont été saisis de la question, notamment dans deux cas qui ont l'un et l'autre, en leur temps, préoccupé l'opinion publique. Ces deux cas marquent les deux hypothèses à prévoir ; les solutions intervenues vont nous fournir la règle à poser en droit.

100. Le premier de ces deux cas remonte à 1877. Dans une commune de Bretagne, à la suite de difficultés administratives, le conseil municipal avait été dissous ; le maire et les adjoints avaient été révoqués ; le préfet, conformément à la loi en vigueur du 5 mai 1875, avait nommé une commission municipale et chargé un des membres de cette commission de remplir les fonctions de maire. La commission municipale nommée ne fut pas régulièrement installée, ce qui aurait été nécessaire ; seul le président, chargé des fonctions de maire, prit possession de ses fonctions et de fait les exerça. Puis un jour se posa la question de la validité des actes de l'état civil reçus par lui et des mariages qu'il avait célébrés. Le tribunal puis la Cour de Rennes [2] rejetèrent les demandes en nullité et déclarèrent les mariages valables. L'arrêt examine s'il y avait eu vraiment une irrégularité commise et quelle en était la gravité ; puis il ajoute, se fondant sur la règle *error communis facit jus* : « Considérant que, si la Cour n'a-
« doptait pas cette solution, il en résulterait que nul, dans
« la commune, n'aurait eu qualité pour constater les nais-
« sances, les mariages et les décès et que pendant près de
« trois mois les habitants de cette commune auraient cessé
« d'être régis par les lois qui protègent l'état civil des ci-
« toyens, qu'une telle conséquence est inadmissible et qu'elle
« tend à démontrer le mal fondé d'une action qui porterait
« une si grave atteinte aux intérêts les plus respectables... »

1. Cass. 6 juillet 1874, D. P. 1874. I. 412.
2. Rennes 28 mai 1878, Journal *Le Droit* du 30 juin 1878.

C'est la paraphrase de la raison donnée par le jurisconsulte romain : *hoc enim humanius est.*

101. Le deuxième cas est plus récent ; il est relatif à l'affaire célèbre dite des mariages de Montrouge. Voici les faits. De tout temps, car la vie civile ne comporte pas d'interruption, le maire a pu déléguer ses fonctions aux adjoints et, en cas d'absence ou d'empêchement de ceux-ci, à des membres du conseil municipal. En 1882, d'après la loi en vigueur, la délégation d'un conseiller municipal par le maire devait être faite dans l'ordre du tableau où les conseillers prennent rang d'après le nombre des voix obtenues par eux lors de l'élection. Le maire de Montrouge, qui était mal avec ses adjoints, mal aussi avec les premiers conseillers, délégua un des derniers conseillers pour le remplacer, quoique les adjoints ne fussent ni absents ni empêchés. La délégation n'était pas conforme à la loi ; elle était irrégulière. De même qu'à Rennes se posa bientôt la question de la validité des actes reçus et notamment de cinq mariages auxquels le délégué irrégulièrement désigné avait procédé. Pour faire trancher la question, afin d'éviter aux intéressés les embarras d'une situation précaire, le ministère public demanda la nullité des mariages à raison de l'irrégularité de la désignation de l'officier de l'état civil (article 191 C. civ.).

Deux questions se posaient : la délégation était-elle régulière et, en supposant qu'elle ne le fût pas, l'irrégularité devait-elle entraîner la nullité des mariages ?

A la date du 23 février 1883, le tribunal de la Seine déclara les mariages nuls [1]. La sentence produisit naturellement un grand émoi. A quoi se fier, en effet, si on ne peut compter sur un mariage célébré à la mairie de la commune, sous la garantie de la foi publique, par celui qui publiquement exerce les fonctions d'officier de l'état civil ? L'affaire des mariages de Montrouge défraya toute la presse ; elle finit par avoir le dénoûment suivant. Deux des ménages brisés par le jugement de 1883 (c'était pour le leur faciliter que le ministère public avait agi en nullité) se reformèrent, célébrés cette fois par le maire lui-même. Relativement aux autres, le jugement de 1883 fut déféré à la Cour de cassation, qui, à la date du 7 août 1883, le cassa [2]. Un des couples désunis

1. D. P. 1883. II. 54.
2. D. P. 1884. I. 5, Sir. 1884. I. 5 (note de M. Labbé).

avait attaqué le jugement par voie d'appel. La Cour de Paris, par arrêt du 20 août 1883, se plaçant au même point de vue que la Cour de cassation, réforma le jugement[1]. De la sorte, ceux qui, à la suite du jugement du 23 février, s'étaient remariés, se sont trouvés, puisque le jugement qui les avait séparés a été finalement cassé, s'être mariés valablement deux fois, ce qui est assez rare. Quant aux deux époux qui ne s'étaient pas remariés, comme le jugement a été réformé en appel, ils se sont trouvés n'avoir jamais cessé d'être mariés.

102. De tout cela il résulte en droit : 1° que la bonne foi publique protège les particuliers contre l'erreur commise par l'autorité dans la délégation, — 2° que les actes sont valables dès qu'ils ont été reçus, à défaut d'un fonctionnaire régulièrement désigné, par celui qui exerce les fonctions conformément à un mandat de l'administration, sans protestation ni réclamation aucune. *Error communis facit jus.* On ne peut raisonnablement exiger des particuliers qu'ils contrôlent l'administration ; ils la prennent comme elle s'offre à eux et ne sont pas responsables de ses erreurs.

Maintenant, jusqu'où faudra-t-il pousser à cet égard la tolérance ? Où finit l'irrégularité excusable, où commence l'irrégularité non excusable et qui, par là même, devra être considérée comme irritante, c'est-à-dire comme viciant les actes reçus ? Ce n'est guère qu'une question de fait et de circonstances.

103. A cet ordre d'idées se rapportent deux lois qui méritent d'être signalées, quoiqu'elles n'aient eu, en définitive, qu'un intérêt ou transitoire ou local : celles des 19-23 juillet 1871 et du 6 janvier 1872.

1° La loi du 6 janvier 1872 est intitulée : loi relative à la réorganisation des actes de l'état civil dans les départements. Voici à quelle occasion elle a été portée. Pendant la période troublée qui a commencé le 4 septembre 1870, il s'est produit bien des irrégularités dans la tenue des registres de l'état civil. Ici l'invasion, là l'insouciance ou l'inexpérience de fonctionnaires improvisés, tenant quelquefois leur mandat de la seule nécessité, n'ont pas permis l'accomplissement régulier des prescriptions légales. Quelques-unes des irrégularités commises ont pu être facilement réparées dans la suite au

1. Sir. 1884.II.20.

moyen de rectifications, conformément aux articles 99 et suivants ; le droit commun y a suffi. Mais il s'en est produit d'un genre tellement grave qu'une loi seule pouvait les couvrir : ce sont celles résultant de l'absence de qualité chez le rédacteur de l'acte.

Dans certaines communes, les maires et adjoints ont cessé leurs fonctions après le 4 septembre, soit qu'on les leur ait retirées, soit qu'ils les aient abandonnées. Ces fonctions se sont trouvées remplies, de fait, ici par des membres du conseil municipal, là par les présidents des comités improvisés pour remplacer le conseil municipal disparu, ailleurs par de simples particuliers chargés par les habitants eux-mêmes d'occuper les fonctions laissées vacantes, en un mot par des agents désignés plus ou moins irrégulièrement, sans mandat légal et n'ayant pas le caractère officiel nécessaire. De là des irrégularités nombreuses et variées. Fallait-il laisser les particuliers victimes du désordre apporté par les circonstances dans le fonctionnement des pouvoirs municipaux ? Ne devait-on pas tenir compte de l'impossibilité où on s'est trouvé de faire autrement ? Pour les mariages, notamment, l'intérêt était des plus graves : fallait-il les déclarer nuls comme ayant été célébrés devant un officier de l'état civil n'ayant pas légalement cette qualité ?

Le législateur de 1872 ne l'a pas pensé. Aux termes de l'article 1 de la loi, une seule condition est exigée pour la validité des actes : c'est que les personnes ayant reçu ces actes aient eu, en fait, l'exercice des fonctions municipales. C'est justice, car il faut faire, en toute chose, la part des circonstances.

2° La loi des 19-23 juillet 1871 n'a qu'un caractère local ; elle est spéciale à la ville de Paris et au département de la Seine. Motivée par les désordres de la Commune, elle a trait à la régularisation des actes de l'état civil reçus pendant les deux mois où la Commune a été maîtresse de Paris, du 18 mars jusqu'au rétablissement des pouvoirs réguliers à la fin de mai. Quel devait être le sort de ces actes ? Ils se trouvaient avoir été reçus, non pas seulement, comme dans le cas signalé tout à l'heure, par des officiers de l'état civil plus ou moins irrégulièrement institués, mais par les agents d'un pouvoir insurrectionnel, ce qui est très différent. Le premier mouvement fut de n'en pas tenir compte : effacer la Commune était

d'instinct le vœu de tous les français. Mais, la réflexion venant, on comprit que ce n'était pas possible et que ce ne serait pas juste.

Pour les actes de naissance et de décès, tout ce qu'on pouvait faire était de les recommencer, car on ne pouvait pas songer à tenir les faits pour non avenus ; d'où les articles 1 à 4 de la loi. Pour les actes de mariage, c'était plus délicat et plus grave. Fallait-il tenir les mariages pour non avenus ? Il y en avait 684. Au point de vue du droit strict, leur nullité n'était pas douteuse ; mais il n'eût pas été équitable d'admettre ici l'application du droit strict. En définitive, les pouvoirs publics avaient abandonné Paris au 18 mars ; les fonctions d'officier de l'état civil se sont alors trouvées inoccupées. Or la vie civile ne peut pas être interrompue et les circonstances ont pu être telles pendant la période insurrectionnelle qu'un mariage se soit trouvé nécessaire, par exemple pour la légitimation d'un enfant. Il ne faut pas dire qu'on aurait pu recommencer : cela eût été possible quelquefois mais non pas toujours, car il aurait pu arriver que l'un des époux fût mort dans l'intervalle, sans compter qu'il se serait peut-être trouvé des époux ne se souciant pas de recommencer. Aussi on se décida à reconnaître la validité des 684 mariages, se bornant à prescrire, pour l'honneur des principes, la réfection des actes (article 5)[1].

Finalement, sauf la part à faire aux circonstances, l'acte n'est valable que s'il a été reçu par un officier de l'état civil régulièrement institué.

104. Une seconde condition s'ajoute à la précédente : l'acte n'est valable que s'il a été reçu par un officier de l'état civil compétent eu égard aux personnes que l'acte concerne. La loi, à cet égard, laisse place à quelque équivoque.

Un point est certain, c'est que la compétence des officiers de l'état civil est territoriale, en ce sens qu'ils n'ont qualité pour recevoir les déclarations et dresser les actes que dans

1. Il y avait un précédent à cette solution dans un arrêt de la Cour de Bastia du 21 janvier 1846, D. P. 1846.II.111, Sir. 1847.II.110.— Une situation identique à celle qui vient d'être indiquée pour Paris s'est produite à Marseille en 1871 ; mais, moins malheureuse que Paris, Marseille n'a connu la Commune que trois jours. Cependant ce fut assez long pour que sept mariages aient été célébrés. Six ont été renouvelés après le rétablissement des pouvoirs réguliers ; quant au septième, les parties ont refusé de recommencer et nous ignorons ce qu'il en est advenu.

la limite de la commune. Dès lors, l'acte qu'un officier de l'état civil aurait dressé dans une autre commune serait nul, comme fait par une personne sans qualité.

Cela n'est pas douteux ; mais il est un autre aspect de la question de compétence : eu égard à quelles personnes l'officier de l'état civil, instrumentant d'ailleurs dans sa commune, est-il compétent ? En ce qui concerne les naissances et décès, l'officier de l'état civil est compétent pour ceux qui sont survenus dans la commune (articles 55, 58, 77 et 82). Pour les mariages, la question est plus délicate. Aux termes des articles 74 et 165, l'officier de l'état civil compétent est celui du domicile de l'une des parties ; les textes n'exigent rien autre et la question s'est posée de savoir si l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties pourrait célébrer le mariage hors de sa commune ? Quoi qu'il en soit et sauf peut-être cette exception, les officiers de l'état civil ont une compétence territoriale [1].

Qu'adviendrait-il si un acte était dressé par un officier de l'état civil exerçant dans sa commune et ayant bien dès lors qualité pour instrumenter, mais incompétent quant aux personnes que l'acte concerne ? Par exemple un officier de l'état civil dresse un acte de naissance ou de décès à la suite d'une naissance ou d'un décès survenu ailleurs que dans sa commune, ou bien il célèbre un mariage entre deux personnes dont aucune n'a son domicile dans la commune. La question n'est formellement prévue qu'à propos du mariage par l'article 191. Nous verrons sous cet article que l'incompétence de l'officier de l'état civil n'est pas, par elle-même et à elle seule, une cause de nullité du mariage, qu'elle est seulement un élément de la clandestinité, c'est-à-dire du défaut de publicité de la célébration. Si donc, malgré

1. Ici apparaît une des causes de l'insuffisance des registres actuels de l'état civil et l'utilité que présenterait l'institution du casier civil. Pour marquer cette insuffisance, il suffit de supposer qu'une personne, née à Paris, se marie à Bordeaux et meurt à Marseille. Les trois actes concernant cette personne seront disséminés en trois endroits différents. Le casier civil, dont le but essentiel est la centralisation permanente des éléments relatifs à la personne, serait tenu à Paris, où on mentionnerait l'acte de mariage et l'acte de décès à la suite de l'acte de naissance. Une proposition de loi conçue en ce sens a été déposée en 1887, mais ce n'est encore qu'une proposition. En l'état actuel des choses, vu les règles de compétence, il y a dissémination des trois actes fondamentaux. Voy. Raynald Petiet, *De la publicité en matière d'état et d'incapacité des personnes*, dans la *Revue critique* de 1887.

l'incompétence, il existe d'autres éléments de publicité, comme il n'y a pas alors clandestinité, le mariage reste valable.

Il semble bien alors que l'incompétence ne vicie pas à elle seule les autres actes. Ce qui confirme cette manière de voir, admise d'ailleurs à peu près universellement, c'est que nulle part la loi ne prononce la nullité des actes de l'état civil pour inobservation des règles qu'elle prescrit; elle n'en assure l'observation que par une pénalité qui atteint l'officier de l'état civil (article 50). On a considéré que les irrégularités commises sont plutôt le fait des officiers de l'état civil que des parties et on n'a pas voulu faire retomber sur celles-ci les conséquences en prononçant la nullité des actes destinés à constater leur état.

Ce qui vient d'être dit à propos des questions de compétence doit être répété, avec plus de raison encore, à propos des formalités de rédaction des actes et de tenue des registres. Les tribunaux ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire d'appréciation toutes les fois qu'un texte formel ne prononce pas la nullité.

Ajoutons, pour en finir avec la compétence, que sinon d'après la loi, du moins d'après les instructions administratives, l'officier de l'état civil doit s'abstenir quand il s'agit des naissances, mariages et décès de ses propres enfants et, en général, toutes les fois qu'il aurait comme particulier, quant à l'acte à dresser, une déclaration à faire, un consentement à donner, un témoignage à fournir [1]. Toutefois ce ne serait pas une cause de nullité [2].

B. *Les déclarants ou comparants.*

105. Ce sont les personnes qui font connaître à l'officier de l'état civil, tantôt de leur propre initiative, quelquefois parce que la loi leur en fait un devoir strict, le fait que l'acte doit constater. Les personnes qui requièrent ainsi la rédaction de l'acte sont appelées *comparants* ou *parties* quand ce sont les personnes que l'acte concerne et *déclarants* quand l'acte concerne d'autres personnes qu'elles. Les actes de naissance

1. Lettre ministérielle du 21 juillet 1818, Dalloz, *Répertoire*, V° *Actes de l'état civil*, n° 38.
2. Fuzier-Hermann, *Code civil annoté*, art. 34, n° 60.

supposent l'intervention de déclarants (article 56) ; pour l'acte de mariage, ce sont les futurs époux qui comparaissent eux-mêmes et échangent leur consentement en présence de l'officier de l'état civil (article 75) ; pour l'acte de décès (article 78), il est bien clair qu'il ne peut y avoir que des déclarants. Dans tous les cas, déclarants ou comparants, ils font connaître le fait qui motive la rédaction de l'acte et fournissent les renseignements nécessaires à la rédaction, soit d'office, soit sur la demande de l'officier de l'état civil.

Aucune condition de sexe ni d'âge n'est exigée de la part des déclarants, sauf pour l'acte de décès, parce qu'alors les rôles de déclarant et de témoin se confondent, de sorte qu'il faut, pour être déclarant, avoir la capacité d'être témoin. Les uns et les autres peuvent, sauf exception, se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique (article 36). L'exception concerne le mariage : l'article 75 exige la comparution personnelle des parties devant l'officier de l'état civil.

A la suite de la déclaration, l'officier de l'état civil doit vérifier lui-même le fait porté à sa connaissance, si ce fait est susceptible de vérification (articles 55 et 77) ; alors il atteste les faits, puisqu'il les a vérifiés lui-même. Dans les autres cas, il ne peut qu'accepter les déclarations qui lui sont faites ; alors il ne peut pas attester les faits, qu'il n'a pas vérifiés, et il atteste seulement qu'il a reçu la déclaration. S'agit-il d'un acte de naissance, il ne peut qu'accepter la déclaration qui lui est faite sur le point de savoir quels sont les père et mère ; s'agit-il d'un acte de mariage, il ne peut que faire de même sur le point de savoir comment les parties s'appellent ; il ne peut enfin que faire de même sur le point de savoir quelle était l'individualité du défunt s'il s'agit d'un acte de décès. Plus loin, en parlant de la force probante des actes de l'état civil, nous verrons qu'il importe grandement de distinguer les deux cas et que les énonciations de l'acte ont une autorité très différente selon que l'officier de l'état civil atteste des faits vérifiés par lui ou constate des faits déclarés.

C. *Les témoins.*

106. Leur rôle est d'assister les comparants et déclarants. Aussi ils sont choisis et présentés par eux. Il en faut deux pour

les actes de naissance (article 56-2°), quatre pour les actes de mariage (article 75), deux pour les actes de décès (article 78). Les témoins, pour l'acte de décès, remplissent en même temps le rôle de déclarants.

La fonction des témoins est triple. Ils sont requis : 1° pour certifier l'individualité des déclarants ou comparants, — 2° pour certifier l'exactitude des déclarations, et il y a dès lors anomalie à confondre, comme on le fait pour l'acte de décès, les déclarants et les témoins, — 3° enfin et surtout pour certifier la conformité de l'acte rédigé avec les déclarations. Aussi l'article 38 ordonne à l'officier de donner lecture des actes aux parties comparantes ou à leur fondé de procuration et aux témoins. C'est d'ailleurs le rôle habituel des témoins dans tous les actes. Toutefois les témoins aux actes de l'état civil diffèrent des témoins aux actes authentiques ordinaires, du moins aux actes notariés, sous plusieurs rapports.

a) Ils peuvent être parents des parties (article 37) ; quelquefois même la loi invite à prendre les plus proches (article 78). Au contraire, la loi du 25 ventôse an XI (articles 8, 9 et 10) exclut les parents tant du notaire que des parties jusqu'au troisième degré. La règle admise quant à l'état civil tient à ce qu'il s'agit d'événements de famille et il n'y a rien de plus naturel que de faire intervenir les parents.

b) Le droit de figurer comme témoin aux actes notariés a toujours été regardé, nous l'avons vu précédemment, comme une dépendance de la capacité politique. Les témoins assistent l'officier public et contribuent à donner l'authenticité à l'acte. Aussi, pour être témoin, il faut être français et, quand la qualité de citoyen était distincte de celle de français, il fallait être citoyen (Loi du 25 ventôse an XI, article 9). La règle est autre pour les témoins aux actes de l'état civil. Ils assistent moins l'officier de l'état civil que les comparants et déclarants, pour certifier leur identité, leur sincérité. Aussi n'est-il pas nécessaire qu'ils soient français (article 37). C'est toujours la même idée : du moment qu'il s'agit d'événements de famille, quand les actes intéressent des étrangers, pourquoi ne pas admettre leurs parents étrangers [1] ?

1. Les deux différences relevées au texte ne sont pas les seules ; d'autres différences secondaires sont indiquées dans Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 4e édition, I, p. 122.

107. Telles sont les personnes qui concourent à la rédaction des actes de l'état civil : les comparants ou déclarants qui en requièrent la rédaction en faisant connaître les faits à constater, l'officier de l'état civil qui reçoit les déclarations et rédige l'acte, les témoins qui assistent les parties. Tous signent l'acte après lecture (article 39).

SECTION II. — **De la tenue des registres de l'état civil.**

108. Autre chose sont les actes de l'état civil (actes de naissance, de mariage et de décès), autre chose les registres de l'état civil, c'est-à-dire les livres sur lesquels ces actes sont et doivent être inscrits. « Les actes de l'état civil, dit l'article 40, « seront inscrits, dans chaque commune, sur un ou plusieurs « registres tenus doubles. »

La rédaction sur feuilles volantes est formellement prohibée ; on devine pourquoi : l'acte ainsi rédigé n'aurait pas la stabilité nécessaire, serait trop exposé à être égaré, soustrait ou altéré. L'article 52 prévoit le fait de rédaction sur une feuille volante et décide que ce fait « donnera lieu aux dom- « mages-intérêts des parties ». Le texte ajoute : « sans préju- « dice des peines portées au Code pénal. » Le Code pénal de 1810 a érigé en délit le fait de rédiger un acte de l'état civil sur une feuille volante ; la peine applicable est celle de l'emprisonnement de un à trois mois et de l'amende de seize à deux cents francs.

Les actes de l'état civil doivent donc être inscrits sur des registres. Les actes dont on use dans la vie courante, qu'on a à produire dans bien des circonstances, ne sont pas les actes eux-mêmes, qui sont inscrits sur les registres, mais des extraits des registres, contenant copie textuelle des actes [1].

109. Les registres de l'état civil sont les archives du droit de famille. Aussi la tenue en est réglée avec le plus grand soin ; ils sont protégés, autant qu'il est possible, contre tout risque de mauvaise rédaction, de perte ou d'altération. Les règles relatives à ces registres sont nombreuses. Nous allons

1. Dans le langage courant, on parle souvent d'*extraits des actes* de naissance, de mariage, de décès. L'expression est impropre ; les extraits dont il s'agit sont des extraits des registres et ne contiennent pas un extrait, mais une reproduction complète des actes.

les grouper rapidement en renvoyant aux textes pour les détails.

110. Les unes ont pour objet d'assurer la conservation des registres et, par là, celle des actes qu'ils contiennent ; elles se rapportent au nombre et au dépôt des registres.

Aux termes de l'article 40, les actes de l'état civil sont inscrits, dans chaque commune, « sur un ou plusieurs registres tenus doubles ». Selon l'importance des communes, il y en a un pour les naissances, un pour les décès, un pour les mariages, ou bien un seul pour les trois sortes d'actes. La loi ne prescrit rien de positif à cet égard. Dans les deux cas, qu'il y en ait un seul ou plusieurs, chaque registre tenu doit être double [1]. C'est une mesure de prudence. Les registres sont clos à la fin de chaque année (article 43) et, afin d'en assurer la conservation contre les accidents possibles, tels que les incendies, les inondations, ou contre les fraudes consistant en soustractions, altérations ou falsifications, il est fait un double dépôt dans les conditions prescrites par les articles 43 et 44. « Les registres, dit l'article 43, seront clos « et arrêtés par l'officier de l'état civil à la fin de chaque « année ; et, dans le mois, l'un des doubles sera déposé aux « archives de la commune, l'autre au greffe du tribunal de « première instance. » L'article 44 ajoute : « Les procurations « et les autres pièces qui doivent demeurer annexées aux « actes de l'état civil seront déposées, après qu'elles auront « été paraphées par la personne qui les aura produites et par « l'officier de l'état civil, au greffe du tribunal, avec le dou- « ble des registres dont le dépôt doit avoir lieu audit greffe. » Il y a là manifestement une garantie contre les risques indiqués tout à l'heure. L'incendie, l'inondation n'anéantiront un acte qu'à la condition d'atteindre à la fois la mairie et le greffe ; les soustractions, altérations ou falsifications n'auront chance de réussir que si elles sont opérées dans le registre de la mairie et dans celui du greffe.

1. L'article 40 ne vise que les registres de l'état civil proprement dit. Les officiers de l'état civil tiennent en outre un registre contenant les actes de publications de mariage (art. 63). Ces actes ne sont pas des actes de l'état civil et les registres qui les contiennent, n'étant pas des registres de l'état civil, ne sont pas régis par l'article 40. D'une part les actes de publications doivent être consignés sur un registre spécial, sans pouvoir jamais figurer sur le même registre que les actes de naissance, de mariage et de décès ; d'autre part les registres contenant ces actes sont tenus simples (art. 63).

Donc, pour l'année courante, il n'y a qu'un seul dépositaire des registres : le maire, qui détient les deux doubles. Pour les registres des autres années, il y a deux dépositaires : le maire et le greffier. De là résultent plusieurs conséquences. Ainsi l'article 45 dit que toute personne pourra se faire délivrer par les dépositaires des registres des extraits de ces registres; ces extraits, qui ne peuvent être délivrés que par le maire pendant l'année courante, peuvent l'être par le maire et par le greffier quand il s'agit d'actes se référant aux années antérieures. Ainsi encore l'article 49, prévoyant l'hypothèse où mention d'un acte relatif à l'état civil devrait avoir lieu en marge d'un acte antérieurement dressé, prescrit que la mention doit être faite par l'officier de l'état civil sur les registres courants et sur ceux déposés aux archives de la commune et par le greffier du tribunal de première instance sur les registres déposés au greffe. Enfin l'article 51 est ainsi conçu : « Tout dépositaire de registres sera civilement res- « ponsable des altérations qui y surviendront, sauf son re- « cours, s'il y a lieu, contre les auteurs desdites altéra- « tions. » Le maire est seul dépositaire des registres de l'année courante ; le maire et le greffier le sont tous deux des registres antérieurs.

111. Un second groupe de règles ont pour objet d'assurer l'exacte et régulière tenue des registres, afin d'éviter, autant que faire se peut, les omissions, les erreurs et les fraudes.

A cet effet, la loi arrête d'abord les énonciations que l'acte doit contenir : « Les actes de l'état civil, dit l'article 34, énon- « ceront l'année, le jour et l'heure où ils seront reçus, les « prénoms, noms, âge, profession et domicile de tous ceux « qui y seront dénommés. » Ce sont les énonciations générales, communes à tous les actes, indépendamment de celles qui sont spéciales à chaque acte. L'article 35 ajoute: « les « officiers de l'état civil ne pourront rien insérer dans les « actes qu'ils recevront, soit par note, soit par énonciation « quelconque, que ce qui doit être déclaré par les compa- « rants. » Il est clair que l'uniformité des mentions à inscrire est le meilleur moyen d'assurer la régularité de la tenue.

Dans le même but, la loi réglemente la forme même de la rédaction des actes. A cela se rattachent d'assez nombreuses prescriptions, méticuleuses il est vrai, mais toutes marquées au coin de la prévoyance pratique. Les voici, indiquées aussi brièvement que possible.

1° L'article 41 s'exprime ainsi : « Les registres seront cotés « par première et dernière, et paraphés sur chaque feuille, « par le président du tribunal de première instance ou par « le juge qui le remplacera. » Les cotes sont exigées afin d'éviter qu'aucune suppression ou intercalation de feuille puisse avoir lieu sans qu'il en reste trace. Les paraphes sont exigés afin d'éviter toute substitution de feuilles[1]. .

2° L'article 42 est ainsi conçu : « Les actes seront inscrits « sur les registres de suite, sans aucun blanc. Les ratures et « les renvois seront approuvés et signés de la même manière « que le corps de l'acte. Il n'y sera rien écrit par abréviation, « et aucune date ne sera mise en chiffres. » Les actes doivent être rédigés de suite, c'est-à-dire selon les déclarations et sans désemparer. Ils doivent l'être sans lacunes, sans ratures ni renvois, sans abréviations ni chiffres, car ce sont autant de chances laissées à l'erreur, autant de facilités aux surcharges et falsifications. Une fois l'acte rédigé, aucune modification n'y peut être apportée, si ce n'est par suite d'un jugement de rectification. Les officiers de l'état civil oublient cela quelquefois ; ils font des rectifications dans l'année, tant qu'ils ont les deux doubles et qu'ils peuvent faire revenir les déclarants, les comparants et les témoins ; les rectifications sont faites sous forme de ratures et de renvois approuvés. C'est une irrégularité flagrante, une pratique dangereuse et tout à fait illégale.

112. Un troisième groupe de règles ont pour objet de faciliter les recherches dans les registres. Elles se rapportent à la confection des tables annuelles et décennales.

Dans la tenue des registres, on n'observe ni l'ordre chronologique des faits, ni l'ordre alphabétique d'après les noms des parties ; les actes sont insérés au fur et à mesure que les déclarations sont faites. Il en résulte des difficultés de recherche auxquelles il a fallu remédier. D'où le décret du 20 juillet 1807, qui prescrit la confection des tables alphabétiques annuelles et décennales. Les tables annuelles sont faites par les officiers de l'état civil (article 2) ; un mois leur

1. Il faut noter à ce propos un avis du Conseil d'État du 7 mars 1808, complété par la circulaire du ministre de l'intérieur du 3 mars 1810. De ces deux actes il résulte que le président peut ne coter que la première et la dernière feuilles, en mentionnant le nombre. On ne saurait trop s'en étonner. Le ministre de l'intérieur n'avait aucune compétence en la matière ; d'un autre côté, la loi est formelle.

est donné à cet effet pour les deux doubles : on profite du mois que l'article 43 donne pour effectuer le dépôt. Les tables décennales sont faites par les greffiers des tribunaux de première instance (article 3) ; elles sont faites en triple expédition : une expédition est destinée au greffe, l'autre à la préfecture, la troisième à la mairie (article 5). De la sorte, il est toujours aisé de trouver un acte, quand on sait l'année du fait auquel il se rapporte, au moins à dix ans près.

113. Enfin, un quatrième et dernier groupe de règles ont pour objet d'assurer l'observation de toutes les précédentes, en organisant un système de surveillance et en engageant diverses responsabilités.

En tant qu'officiers de l'état civil, les maires et, en cas de suppléance ou de délégation, les adjoints sont sous la surveillance du pouvoir judiciaire ; ils ne sont plus, comme pour certaines autres attributions, fonctionnaires administratifs. Qu'on lise, en effet, l'article 53 : « Le procureur de la République sera tenu de vérifier l'état des registres lors du dépôt « qui en sera fait au greffe ; il dressera un procès-verbal « sommaire de la vérification, dénoncera les contraventions « ou délits commis par les officiers de l'état civil et requerra « contre eux la condamnation aux amendes. » Ce texte est complété par l'ordonnance des 29 octobre-29 novembre 1820, portant règlement sur la vérification des registres de l'état civil. La vérification est facultative pour les registres courants, mais elle est obligatoire pour les registres clos et doit être faite dans les quatre premiers mois de chaque année. Ce n'est pas seulement le double destiné à être déposé au greffe, ce sont les deux doubles qui doivent être vérifiés et, à cet effet, ils doivent être tous deux apportés au greffe [1].

En outre de cette surveillance préventive, la loi vise à assurer la bonne et exacte tenue des registres par une action répressive. En effet, d'une part les officiers de l'état civil sont personnellement responsables de l'inobservation des prescriptions de la loi sur la tenue des registres ; en cas de contravention, ils sont passibles d'une amende qui ne peut excéder cent francs et qui est prononcée par le tribunal civil (article 50 C. civ.) ; dans le cas spécial de rédaction d'un acte sur feuille volante, ils sont passibles d'un emprisonnement de un à trois

1. Cass. 23 février 1847, D. P. 1847. I. 81, Sir. 1847.I.361.

mois et d'une amende de seize à deux cents francs prononcés par le tribunal correctionnel (article 192 C. pén.). D'autre part les faux ou altérations volontaires sont qualifiés crimes (articles 145 et 345 C. pén.). Enfin les dépositaires des registres, c'est-à-dire pour l'année courante les officiers de l'état civil, pour les années antérieures les officiers de l'état civil et les greffiers, sont civilement responsables des altérations qui y surviennent, dans le cas où il en serait résulté un préjudice.

114. Telles sont les règles générales relatives à la tenue des registres, à la rédaction des actes. Nulle part d'ailleurs il n'est dit que ces règles doivent être observées à peine de nullité. L'acte, par conséquent, est valable dès qu'il contient les énonciations substantielles, c'est-à-dire celles qui suffisent à l'objet de cet acte. La jurisprudence a fait de cette idée de nombreuses applications. Il a été jugé qu'un acte est valable : 1° quoique manquant de la signature de l'officier de l'état civil, — 2° quoique les témoins manquent des conditions exigées, — 3° quoique l'une des parties n'ait pas signé, soit par inadvertance, soit par erreur, — 4° quoique les témoins n'aient pas signé, — 5° quoique l'acte ait été inscrit sur un registre non timbré ou non coté, — 6° quoiqu'on ait omis l'âge ou les prénoms des parties. Il y a plus de doute si l'acte a été rédigé sur feuille volante. En effet, l'article 40 prescrit que les actes de l'état civil soient inscrits sur un ou plusieurs registres ; d'autre part, l'article 45, parlant des expéditions d'actes que les parties peuvent se faire délivrer, les appelle des « extraits délivrés conformes aux registres ». Enfin l'article 194 est ainsi conçu : « Nul ne peut réclamer « le titre d'époux et les effets civils du mariage s'il ne repré- « sente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état « civil. » De tous ces textes paraît bien découler que l'acte est sans valeur s'il n'est inscrit sur un registre. Cependant, si les circonstances expliquent qu'il ait été rédigé sur une feuille volante, on pourra le tenir comme valable[1].

Tout cela est contestable. C'est une jurisprudence un peu relâchée, peut-être nécessaire cependant. La seule sanction consiste dans les responsabilités civile et pénale signalées plus haut. L'acte, en outre, peut être rectifié. Il est à peu près

1. Voy. sur tous ces points Fuzier-Hermann, *Code civil annoté*, art. 34, nos 22 et suiv.

inévitable d'admettre ces tempéraments pour les raisons indiquées déjà à propos de la compétence de l'officier de l'état civil. Les officiers de l'état civil ne sont pas toujours des hommes très expérimentés ; exiger d'eux, à peine de nullité, l'accomplissement strict des prescriptions de la loi, c'eût été exposer trop gravement l'intérêt des administrés, qui ne peuvent éviter de s'adresser à la mairie et ne doivent pas être victimes des oublis ou des écarts qu'on y commet.

CHAPITRE II

RÈGLES SPÉCIALES A CHAQUE ESPÈCE D'ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

115. Le chapitre II (articles 55 à 62) du titre II concerne les actes de naissance, le chapitre III (articles 63 à 76) les actes de mariage, le chapitre IV (articles 77 à 87) les actes de décès. Il y a, dans ces trois chapitres, des détails très nombreux, tous utiles à connaître au point de vue pratique. Nous ne nous y arrêterons cependant pas, pour deux raisons. D'abord, le plus souvent, les textes ne contiennent que des prescriptions de forme et ne méritent qu'une simple lecture. Ensuite, les quelques points qui mériteraient un examen attentif se trouveront ailleurs. Ainsi, en ce qui concerne les actes de naissance, nous en reparlerons inévitablement au titre de la filiation. Ces actes, en effet, peuvent, sous diverses distinctions, en même temps qu'ils prouvent la naissance, ce qui est leur objet direct, être admis comme moyen de prouver la filiation, c'est-à-dire le rapport qui rattache l'enfant à ses père et mère. A ce propos, nous verrons ce que l'acte doit ou peut contenir et l'utilité de ce qu'il contient quant à la preuve de la filiation. De même pour les actes de mariage ; nous les retrouverons au titre du mariage, à propos du chapitre I de ce titre, intitulé *Des formalités relatives à la célébration du mariage*. Parmi ces formalités figure la rédaction de l'acte de mariage.

Nous pouvons donc pour le moment passer outre et procéder simplement par renvoi aux textes, détachant seulement ici quelques points plus spécialement dignes d'attention.

SECTION I. — Actes de naissance.

116. En ce qui les concerne, il convient de noter:

1° L'obligation stricte imposée à certaines personnes de faire la déclaration. « La naissance de l'enfant, dit l'arti- « cle 56, sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par « les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, « officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à « l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de « son domicile, par la personne chez qui elle sera accou- « chée... » L'obligation de déclarer la naissance est imposée à ces personnes dans l'intérêt de l'état civil. L'acte de naissance sera, pour la personne qu'il concerne, son passeport dans toute sa vie : c'est là qu'est la preuve de sa naissance, de son âge, de son nom, de ses rapports de famille ; il faut le lui assurer. La sanction de l'obligation est inscrite dans l'article 346 du Code pénal : le défaut de déclaration est un délit, dont l'auteur est passible d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de seize à trois cents francs.

2° L'obligation de faire la déclaration dans un délai fixe et très court, qui est de trois jours à partir de l'accouchement (article 55). Le motif de cette prescription est simple : elle est inspirée par la crainte des fraudes. Si on retardait ou si on avançait la naissance, fût-ce de quelques jours, cela pourrait, dans l'avenir, entraîner les plus graves conséquences pour le règlement des intérêts de famille et aussi à d'autres égards. Afin d'éviter les inexactitudes ou les supercheries, rien de plus efficace que la nécessité de faire la déclaration à bref délai ; plus les déclarations sont faites promptement, plus facilement les erreurs ou les supercheries se découvrent. La loi tient tellement à l'observation du délai prescrit que le retard apporté à la déclaration est assimilé au défaut de déclaration et frappé par l'article 346 du Code pénal.

3° La nécessité des prénoms. « L'acte de naissance, dit l'ar- « ticle 57, énoncera.... les prénoms qui seront donnés à l'en- « fant. » C'est le moyen et le seul dans bien des cas de retrouver l'identité. Dans les usages modernes, déjà anciens d'ailleurs, le nom est commun à tous les membres de la fa-

mille ; propriété de tous et de chacun, il peut être réclamé et défendu des usurpations. Les prénoms seuls, dès lors, distinguent les personnes. Il en faut deux au moins, car l'article cité dit : *les* prénoms.

Rien de plus simple. Cependant il s'élève chaque jour, dans la pratique, des difficultés à cet égard. Voici d'où elles proviennent. Si on choisissait soi-même ses prénoms, rien ne s'opposerait à ce qu'on prît ceux qu'on voudrait ; mais, lors de l'acte de naissance, qui doit être dressé dans les trois jours de l'accouchement, ce n'est pas l'enfant qui se choisit ses prénoms ; alors peut-il être loisible aux déclarants, fût-ce les père et mère, de lui imposer des prénoms singuliers sinon grotesques, qui seront pour lui plus tard un ennui, peut-être une gêne ? De là la loi du 11 germinal an XI (1er avril 1803), relative aux prénoms et changements de noms. L'article 1 porte : « A compter de la publication de la présente loi, les « noms en usage dans les différents calendriers et ceux des « personnages connus dans l'histoire ancienne pourront « seuls être reçus comme prénoms.... » C'est peu clair, bien élastique encore et insuffisant dans la pratique pour protéger l'enfant contre les bizarreries ou les affectations. La question d'ailleurs n'est pas aisée à résoudre [1].

4° Il faut noter enfin la disposition finale de l'article 55 : « Les déclarations de naissance seront faites, dans les trois « jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu ; « *l'enfant lui sera présenté.* » L'officier de l'état civil doit constater *de visu* l'existence de l'enfant déclaré et son sexe. La loi de 1792 qui a précédé le Code civil exigeait plus : elle voulait que l'enfant fût porté à la mairie (titre III, article 6). En cas de danger pour l'enfant, « de péril imminent », dit l'article, la loi prescrivait au maire de se transporter au domicile de l'enfant, de sorte que l'enfant devait, en tout cas, être vu par l'officier en personne. L'article 55 du Code n'est pas rédigé de même ; il ne prescrit expressément ni le transport de l'enfant à la mairie, ni celui du maire au domicile en cas de nécessité et dit seulement : « l'enfant lui sera présenté. » La présentation à la mairie reste le fait habituel ; la loi ne défend certainement pas au maire de se rendre à l'en-

1. Voy. un article sur ce sujet dans le Journal *Le Droit* du 12 mars 1884. Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 57, n° 9.

droit où est le nouveau-né ; mais le lui enjoint-elle en cas de nécessité ?

Dans l'usage, le maire ne se déplace pas, s'autorisant de la différence qui existe entre l'article 55 du Code et la loi de 1792. En cas d'impossibilité de porter l'enfant à la mairie, l'officier de l'état civil se fait représenter par un délégué. Or cette impossibilité, prévue d'abord comme exception, est devenue le fait habituel. Une campagne très vive est dirigée, depuis un assez grand nombre d'années, contre l'article 55. N'y a-t-il pas inhumanité, a-t-on dit, à obliger de transporter ainsi l'enfant, parfois loin de chez lui, dans les trois jours de sa naissance ? Les médecins, qui ont charge de la santé publique, ont protesté au nom de la santé des nouveau-nés ; ils ont réclamé avec insistance la constatation des naissances à domicile. Sous l'influence de leurs réclamations, on a commencé par autoriser la non-présentation sur certificat de médecins, la constatation faite par le médecin de la famille suppléant à la présentation. Puis on a reconnu la nécessité de créer un service pour généraliser la constatation des naissances à domicile. Dans les grandes villes il existe, depuis plus ou moins longtemps, un corps de médecins institués sous le nom de médecins de l'état civil ; ils se rendent au domicile de l'enfant lorsque la demande en est faite et procèdent aux constatations nécessaires. L'acte de naissance est alors rédigé non plus sur la présentation de l'enfant, mais sur la présentation du procès-verbal du médecin délégué.

En fait, rien là que de très acceptable ; mais ce n'est pas légal. Il résulte de là qu'en réalité l'enfant n'est pas présenté au maire ; ce qu'on présente c'est tantôt un certificat du médecin de la famille, tantôt un procès-verbal d'un médecin délégué. Or ce n'est pas là ce qu'exige l'article 55 ; il veut que l'enfant soit présenté à l'officier de l'état civil. Or nous verrons plus loin que cela importe beaucoup. La force probante des énonciations que contient un acte de l'état civil diffère selon qu'il s'agit de faits constatés par l'officier de l'état civil ou de faits qui lui sont déclarés. Dans le cas qui nous occupe, voilà des faits non constatés qui sont réputés l'avoir été.

Toutefois, il ne faut pas se le dissimuler, même en supposant la loi strictement exécutée, la présentation de l'enfant à

l'officier de l'état civil n'est qu'une fiction. En effet, lorsque l'enfant est porté à la mairie, ce n'est pas, le plus souvent, au moins dans les villes, le maire qui le reçoit, c'est un employé de la mairie, un employé subalterne, qui ne fait les constatations voulues que d'un œil assez distrait. Il y a assurément plus de garanties quand les constatations sont faites par un homme de l'art.

Quoi qu'il en soit, il y a là un texte à modifier pour mettre la loi d'accord avec la pratique.

SECTION II. — Actes de mariage.

117. Dans la série des articles 63 à 76, relatifs aux actes de mariage, aucune particularité n'est à relever ; il faut noter seulement l'article 76, qui relate tout ce que l'acte de mariage doit contenir : l'étude de cet article trouvera place au titre du mariage.

SECTION III. — Actes de décès.

118. L'article 77, le premier de ceux qui concernent les actes de décès, est aussi le premier qui doive fixer l'attention : « Aucune inhumation ne sera faite sans une autorisation, sur « papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil, qui ne « pourra la délivrer qu'après s'être transporté auprès de la « personne décédée, pour s'assurer du décès, et que vingt- « quatre heures après le décès, hors les cas prévus par les rè- « glements de police. » Ainsi, à l'inverse de ce qui a lieu pour les naissances, il n'y a pas de délai maximum fixé pour les déclarations de décès ; la nécessité qui s'impose de faire enlever les cadavres est là qui met obstacle à tout sursis abusif. Loin de fixer un délai maximum, c'est un délai minimum que la loi fixe, non pour les déclarations, mais pour les inhumations afin d'éviter les inhumations précipitées, qui peuvent avoir le double inconvénient d'exposer les gens à être enterrés vivants et de faire disparaître les traces de crimes. L'acte n'est dressé qu'après constatation du décès par l'officier de l'état civil, qui doit se transporter auprès de la personne décédée. Ici encore, en fait, l'officier de l'état civil se fait représenter pour cette constatation ; elle est faite par les mé-

decins de l'état civil et cette pratique est aussi peu régulière que la pratique analogue déjà signalée à propos des actes de naissance. Quoi qu'il en soit, l'inhumation ne peut avoir lieu moins de vingt-quatre heures après le décès, sous les peines édictées par l'article 358 du Code pénal, à moins qu'il n'y ait urgence, notamment en cas d'épidémie.

Il faut consulter à ce propos le décret du 27 avril 1889, portant règlement d'administration publique *sur les conditions applicables aux divers modes de sépulture*. Ce décret a été rendu en exécution de l'article 3 de la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles ; il règle les pouvoirs de l'autorité administrative et contient des dispositions importantes pour le détail desquelles nous ne pouvons ici que renvoyer au texte [1].

119. Telles sont les règles particulières relatives à la rédaction des actes de décès. Ces règles relevées, une question se présente naturellement, qui mérite grande attention, car elle est générale et commune à tous les actes. Qu'advient-il lorsque les conditions prescrites pour la rédaction d'un acte de l'état civil ne sont pas réunies ? Est-ce à dire que l'acte devient impossible et que les intéressés sont condamnés à ce que les faits ne soient pas constatés ? Non, assurément ; mais l'officier de l'état civil ne doit dresser l'acte qu'en vertu d'un jugement.

La question se présente surtout pour les actes de naissance et de décès ; elle peut aussi se présenter pour les actes de mariage.

120. Pour les actes de naissance, l'article 55 veut que les déclarations soient faites dans les trois jours de l'accouchement. Qu'arrive-t-il si la déclaration n'a pas été faite dans le délai légal, par négligence, par oubli ou préméditation ? L'enfant n'est pas réduit pour cela à n'avoir pas d'acte de

1. Dans un ordre d'idées voisin, il est bon de noter, à propos des actes de décès, deux documents : 1° la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles, qui indique comment et sous quelles conditions chacun peut régler, en prévision de son décès, le mode de sépulture qu'il préfère et la condition de ses funérailles, — 2° la loi de finances du 17 juillet 1889, dont l'article 29 est ainsi conçu : « A partir de la promulgation de la présente loi, les communes dans lesquelles « seront installées des chambres funéraires ou des appareils crématoires pour« ront percevoir des droits pour le dépôt et pour l'incinération des corps. Les « tarifs de ces droits seront délibérés par les conseils municipaux et soumis « à l'approbation du préfet. »

naissance ; seulement l'officier de l'état civil ne doit dresser l'acte que quand un jugement l'a ordonné et sur le vu de ce jugement. L'autorité judiciaire, à la requête des intéressés, apprécie les motifs du retard, avise à éviter les erreurs et à déjouer les fraudes, arrête finalement la date de la naissance et l'acte est dressé en conséquence.

En la forme, on procède comme s'il s'agissait d'une rectification d'acte, car c'est une omission qu'il s'agit de réparer : on procède par voie de requête adressée au Président du tribunal. On en a d'abord douté ; le doute a été levé par un avis du Conseil d'État en date du 12 brumaire an XI (3 novembre 1802), qui vaut loi par sa date. Ce n'est pas une rectification proprement dite, mais on emploie les formes de la rectification pour arriver à dresser un acte omis.

121. Même observation pour les actes de décès ; seulement le doute a duré plus longtemps et n'est pas encore tout à fait écarté. L'article 77 veut que l'officier de l'état civil constate le décès *de visu*, par la vue du cadavre, et que l'acte ne soit dressé qu'après. Si le cadavre n'est pas retrouvé, en cas de disparition avec probabilité de mort sans preuve acquise, ou bien en cas d'incendie, de naufrage, d'éboulement, d'accident quelconque, l'officier de l'état civil ne peut dresser l'acte de décès conformément à l'article 77 ; il ne le peut qu'en vertu d'un jugement.

Dans quelques cas, des lois spéciales ont autorisé formellement la rédaction de l'acte sans la constatation matérielle du décès. C'est ce qu'a fait un décret du 3 janvier 1813 (articles 18 et 19) pour les malheureux qui succombent dans les mines, en cas d'éboulement, d'inondation ou d'explosion. C'est ce qu'ont fait aussi les lois des 13 janvier 1817 et 9 août 1871 pour les militaires disparus.

Mais ce sont là des exceptions. Hors de là, si les prescriptions de l'article 77 ne peuvent être observées, l'officier de l'état civil doit s'abstenir ; il ne doit dresser l'acte de décès qu'en vertu d'un jugement. C'est ce qui a été finalement admis, quoiqu'après résistance, à propos des marins disparus pendant un coup de vent, si la preuve qu'ils ont péri semble résulter des circonstances. La question a donné lieu à bien des débats, qu'a tranchés la loi du 8 juin 1893.

La jurisprudence la plus récente s'était formée dans les circonstances suivantes. Le 28 février 1876, deux bateaux

pêcheurs quittaient le port de Fécamp se rendant avec quarante marins sur les côtes d'Islande ; depuis, aucun des matelots qui montaient ces deux navires n'a donné signe de vie. Tout ce qu'on sut, c'est qu'un coup de vent avait causé de grands sinistres le 12 mars dans les parages où devaient se trouver les deux navires. Devait-on considérer les quarante marins comme morts ? Si oui, leur succession se serait ouverte immédiatement, les femmes auraient été dégagées des liens du mariage et auraient pu se remarier. Sinon, il aurait fallu suivre, pour l'administration et la dévolution de leurs biens, la procédure compliquée de l'absence et les femmes auraient été dans l'impossibilité légale de contracter un nouveau mariage. De graves intérêts se trouvaient donc engagés. Le procureur de la République du Havre, dans l'intérêt de l'état civil, présenta au tribunal de cette ville une requête tendant à faire considérer les marins des deux navires comme décédés ; mais le tribunal, attendu que la preuve de la mort n'était pas suffisamment acquise, rejeta la requête. Appel contre ce jugement fut formé devant la Cour de Rouen, qui réforma la décision du tribunal par arrêt du 18 novembre 1878 [1]. « Il paraît constant, dit la Cour, que les deux na« vires ont péri avec tout leur équipage sur les côtes d'Islan« de, dans la tempête qui a sévi violemment pendant la nuit « du 12 mars 1876. » En conséquence, la Cour déclare que les quarante marins sont décédés et ordonne la transcription de l'arrêt sur les registres de l'état civil de l'année courante et en marge des actes reçus le 12 mars 1876. Bref, c'est un acte de décès qu'il y a lieu de dresser, au lieu que, d'après le tribunal du Havre, il y avait lieu de suivre les règles de l'absence.

Il est assurément très important, à bien des égards, qu'il puisse en être ainsi et il est rationnel de décider en ce sens, car, avec la facilité et la promptitude des informations actuelles, l'absence de nouvelles à la suite d'un sinistre doit facilement être acceptée comme établissant le décès. C'est un moyen utile de diminuer les cas d'absence et les difficultés qu'ils amènent. Mais cette jurisprudence a été contestée. Les dispositions du Code, au titre des actes de l'état civil, supposent toutes, a-t-on dit, que l'acte de décès ne peut être dressé que sur la déclaration des témoins du décès, après vérifica-

1. Journal *Le Droit*, 22 novembre 1878.

tion de ce décès par l'examen du cadavre (articles 77 et 78); en dehors de cela, faute de preuves, il y a incertitude et par conséquent lieu non pas de rédiger un acte de décès, mais de recourir à la procédure de l'absence.

C'est une exagération. De ce que l'article 55 dit que l'acte de naissance doit être rédigé dans les trois jours, il ne suit pas qu'en dehors de ce délai l'acte ne puisse plus être rédigé; la preuve est dans l'avis du 12 brumaire an XI. De ce que l'article 77 dit que l'acte de décès ne doit être dressé qu'après vérification du décès par l'inspection du cadavre, il ne suit pas que, sans cette condition, l'acte ne puisse plus être dressé. Ce qui en résulte, c'est que l'officier de l'état civil doit s'abstenir et ne rédiger l'acte que sur production d'un jugement. Il y a des cas où la mort est certaine quoique le cadavre ne soit pas retrouvé, où l'acte dès lors peut être légitimement dressé, ce qui exclut l'application des règles de l'absence. Entre les deux cas, la distinction tiendra souvent à peu de chose; c'est au juge d'apprécier en fait s'il y a lieu de rédiger un acte de décès ou de suivre les règles de l'absence.

Plusieurs décisions de jurisprudence ont été rendues en ce sens[1], mais d'autres l'ont été en sens opposé. Sur la question, spécialement en ce qui concerne les marins disparus, la France semblait partagée en deux zones. Le Midi résistait à la pratique nouvelle et tenait pour l'application rigoureuse de la loi; de Marseille à Bordeaux, le marin disparu, dont le décès n'avait pu être régulièrement constaté, n'était qu'un absent. Au Nord, la jurisprudence se montrait moins rigoureuse; de Dunkerque à Brest, on faisait dresser un acte de notoriété par le juge de paix, puis on présentait requête au président du tribunal et l'acte était dressé.

Pour mettre fin à ces divergences, la loi du 8 juin 1893 a tranché définitivement la question. Cette loi, *portant modification des dispositions du Code civil relatives à certains actes de l'état civil et aux testaments faits soit aux armées, soit au cours d'un voyage maritime*, a modifié notamment, au point de vue qui nous occupe, les articles 87 à 92 du Code. Il suffit de rapporter ici les textes modifiés : « *Article 87*. Si une

1. Rouen 11 octobre 1889, D. P. 1890. II. 305 (note de M. Planiol), — Besançon 30 juillet 1878, D. P. 1879. II. 34.

« ou plusieurs personnes inscrites au rôle d'équipage ou pré-« sentes à bord, soit sur un bâtiment de l'Etat, soit sur tout « autre bâtiment, tombent à l'eau sans que leur corps puisse « être retrouvé, il sera dressé un procès-verbal de dispari-« tion par l'autorité investie à bord des fonctions d'officier de « l'état civil. Ce procès-verbal sera signé par l'officier instru-« mentaire et par les témoins de l'accident, et inscrit à la « suite du rôle d'équipage...— *Article 88*. En cas de présomp-« tion de perte totale d'un bâtiment ou de disparition d'une « partie de l'équipage ou des passagers, s'il n'a pas été pos-« sible de dresser les procès-verbaux de disparition prévus à « l'article précédent, il sera rendu par le ministre de la ma-« rine, après une enquête administrative et sans formes spé-« ciales, une décision déclarant la présomption de perte du « bâtiment ou la disparition de tout ou partie de l'équipage ou « des passagers... — *Article 90*. Le ministre de la marine « pourra transmettre une copie de ces procès-verbaux ou de « ces décisions au procureur général du ressort dans lequel « se trouve le tribunal, soit du dernier domicile du défunt, « soit du port d'armement du bâtiment, soit enfin du lieu du « décès, et requérir ce magistrat de poursuivre d'office la « constatation judiciaire des décès. Ceux-ci pourront être dé-« clarés constants par un jugement collectif rendu par le tri-« bunal du port d'armement, lorsqu'il s'agira de personnes « disparues dans un même accident. — *Article 91*. Les inté-« ressés pourront également se pourvoir à l'effet d'obtenir la « déclaration judiciaire d'un décès, dans les formes prévues « aux articles 855 et suivants du Code de procédure civile. « Dans ce cas, la requête sera communiquée au ministère de « la marine, à la diligence du ministère public. — *Article 92*. « Tout jugement déclaratif de décès sera transcrit à sa date « sur les registres de l'état civil du dernier domicile, ou, si « celui-ci est inconnu, à Paris. Il sera fait mention du juge-« ment et de sa transcription en marge des registres, à la date « du décès. Les jugements collectifs seront transcrits sur les « registres de l'état civil du port d'armement ; il pourra en « être délivré des extraits individuels. Les jugements décla-« ratifs de décès tiendront lieu d'acte de l'état civil et ils se-« ront opposables aux tiers, qui pourront seulement en obte-« nir la rectification conformément à l'article 99. »

C'est la confirmation législative de l'arrêt rendu par la Cour

de Rouen. Seulement la loi est incomplète, car elle ne se réfère pas à tous les cas où il peut y avoir intérêt à dresser un acte de décès sans qu'il y ait possibilité pour l'officier de l'état civil de vérifier le décès par l'inspection du cadavre ; elle ne parle pas des catastrophes terrestres, telles qu'incendies, tremblements de terre, etc. Le législateur aurait mieux fait d'entrer dans moins de détails et de poser une règle générale. La jurisprudence y suppléera sans doute en étendant la loi de 1893, dont les dispositions seront regardées comme applicables par analogie[1].

122. Mêmes observations doivent être faites pour les actes de mariage. D'après l'article 76, les futurs époux qui veulent se marier doivent justifier qu'ils réunissent toutes les conditions exigées par la loi ; ils doivent, à cet effet, remettre à l'officier de l'état civil les pièces nécessaires. L'article 75 ajoute que l'acte doit être dressé *sur le champ*. Si les futurs époux ne justifient pas des conditions voulues, ou si l'officier de l'état civil estime que quelqu'une fait défaut, il ne doit pas être procédé au mariage, sauf aux intéressés à s'adresser à l'autorité judiciaire et à faire ordonner que le mariage sera célébré et l'acte de mariage dressé, s'il ne l'a pas été, sans désemparer. Seulement ici, au lieu d'agir dans la forme des rectifications, c'est-à-dire par requête au président du tribunal, c'est contre l'officier de l'état civil que les parties agiront pour lui faire ordonner de passer outre.

C'est toujours la même idée : en dehors des conditions prévues, l'acte ne doit être reçu qu'en exécution d'un jugement. C'est une observation d'ordre général, toujours sous-entendue.

1. Dès avant 1893, certains arrêts considéraient les dispositions du décret du 3 janvier 1813, sur la constatation des décès survenus dans les mines, comme applicables par analogie dans toutes les hypothèses où la constatation des décès par inspection du cadavre est impossible. Voyez notamment l'arrêt de Besançon rapporté *suprà*, p. 196, note 1.

CHAPITRE III

RÈGLES SPÉCIALES AUX ACTES DE L'ÉTAT CIVIL REÇUS DANS CERTAINES CONDITIONS EXCEPTIONNELLES.

123. Relativement à ces règles, des modifications notables ont été apportées au Code civil de 1804 par la loi déjà citée du 8 juin 1893, dont c'est l'objet principal. Comme précédemment, nous allons procéder surtout par renvoi aux textes ; ils sont relatifs aux quatre objets suivants.

1° Aux actes de l'état civil reçus à l'étranger concernant des français, ou concurremment des français et des étrangers.

2° Aux actes concernant les militaires en service et personnes assimilées, d'abord à l'étranger et aussi en France, dans les cas qui rendent impossible le recours au droit commun. Tout le chapitre V du titre II est consacré à ce sujet. Avant la loi de 1893, ce chapitre commençait à l'article 88. La loi a interverti l'ordre des numéros en ajoutant au chapitre IV les cinq articles 88 à 92 ; le chapitre V ne commence donc plus qu'à l'article 93. D'autre part, la rubrique du chapitre V a subi un changement. Avant la loi de 1893, la rubrique était la suivante : *Des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire du royaume* ; depuis 1893 elle est ainsi conçue : *Des actes de l'état civil concernant les militaires et marins dans certains cas spéciaux*, c'est-à-dire non seulement à l'étranger, mais aussi en France dans certains cas. Ces cas sont énumérés dans l'article 93 : en cas de mobilisation, en cas de siège, dans les établissements lointains dépendant des armées.

3° Aux actes dressés au cours d'un voyage en mer : actes de naissance (articles 59 et suivants), actes de décès (articles 86 et suivants). On ne prévoit pas les mariages, qui, de fait, ne sont pas très fréquents en mer.

4° Aux actes reçus dans les hôpitaux, lazarets ou prisons

(articles 80, 84 et 85). Le cas n'est prévu que pour les actes de décès, parce qu'on s'y marie peu et qu'on n'y naît pas habituellement ; mais il y a lieu de généraliser.

Il y a, dans ces cas qui sont assez nombreux, tout un droit spécial. Les articles cités ont été tous plus ou moins modifiés par la loi du 8 juin 1893, loi importante, qui, comme beaucoup de lois contemporaines, a eu le tort de procéder en allongeant indéfiniment les textes ; certains articles sont devenus longs comme des dissertations. Cela vient de ce que la loi a prévu les cas particuliers, au lieu de dégager une idée générale, dont la pratique aurait ensuite déduit les applications. Ce ne sont pas de bons procédés législatifs, comme on peut s'en convaincre en étudiant les textes.

124. Dans les cas spéciaux que les textes prévoient, il est dérogé aux règles habituelles sous trois rapports.

1° La loi indique qui remplira, selon les cas, les fonctions d'officier de l'état civil. C'est précisément là qu'apparaît la nécessité de règles spéciales, car on ne pourrait pas recourir au fonctionnaire du droit commun. Les articles cités y pourvoient et il suffit de renvoyer aux textes.

2° La loi simplifie les formalités nécessaires, attendu qu'il pourrait alors n'être pas possible de remplir les formalités du droit commun. Le renvoi aux textes suffit comme précédemment.

3° Enfin la loi avise, voulant assurer la concentration des actes, ce qui est nécessaire pour faciliter les recherches, à ce que les actes dressés dans des cas spéciaux soient ultérieurement reportés sur les registres de l'état civil du domicile des parties. C'est là, en effet, qu'on va naturellement les chercher et qu'il est utile qu'on les trouve. Disséminés ailleurs, ils perdraient en grande partie leur utilité ; où qu'ils aient été passés, il importe donc qu'ils soient reportés et constatés au domicile des parties et c'est à cela que la loi avise.

Ainsi, pour les actes concernant les militaires en service, il faut se reporter aux articles 94 et 95 *in fine* (rédaction de 1893). Jusqu'en 1893, il n'y avait que deux dépositaires des registres de l'état civil : les maires et les greffiers. Désormais, les ministres de la guerre et de la marine deviennent eux aussi dépositaires de registres. La loi ne dit pas d'ailleurs qu'on puisse leur demander des expéditions ; mais ce n'est sans doute qu'une omission, car tout dépositaire de re-

gistres peut, en principe, délivrer des extraits de ces registres (article 45)[1].

Ainsi encore, pour les actes reçus en mer, il faut se reporter aux articles 60, concernant les actes de naissance, puis 86 et suivants, concernant les actes de décès. Pour les actes reçus dans les hôpitaux, lazarets et prisons, le texte à consulter est l'article 80 *in fine*.

Quant aux actes dressés à l'étranger, rien de spécial à leur égard n'était prévu dans le Code civil. Les deux articles 47 et 48 s'y rapportaient seuls. L'article 47 disait : « Tout acte de « l'état civil des français et des étrangers, fait en pays étranger, « fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit « pays. » C'est l'application de la règle *locus regit actum*. L'article 48 ajoutait : « Tout acte de l'état civil des français en pays « étranger sera valable, s'il a été reçu, conformément aux « lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les con- « suls. » C'était tout et c'était insuffisant à divers points de vue, notamment en ce qui concerne les actes de naissance. En effet, la liste du contingent pour le service militaire est dressée chaque année, dans chaque commune, au moyen des registres de l'état civil; l'enfant qui n'est inscrit sur les registres d'aucune commune française a des chances de n'être pas appelé au service. On prétend que dans les pays frontières il y avait des mères prévoyantes qui allaient faire leurs couches à l'étranger pour ménager à leurs enfants cette éventualité.

Pour les actes de mariage, l'insuffisance des règles de 1804 n'est pas moindre. La présence de l'acte sur les registres est un des éléments de la publicité du mariage et, dans une foule de cas, il importe au public de savoir si telle personne est mariée ou ne l'est pas.

Pour tous les actes en général, l'insuffisance apparaît quand il y a lieu de demander des extraits des registres. Où s'adresser, en effet, pour les obtenir ?

C'est seulement peu à peu que la pratique a reçu satisfaction.

D'abord, pour les actes dressés par les agents consulaires, l'ordonnance du 23 octobre 1833, qui est le code de la matière, prescrit qu'une expédition soit envoyée au ministre des affaires étrangères, qui la transmet au maire de la com-

1. Voy. *infrà*, p. 220 et 221.

mune où la personne est domiciliée. La loi du 8 juin 1893 fait plus dans l'alinéa qu'elle ajoute à l'article 48 : « Un « double des registres de l'état civil tenus par ces agents sera « adressé à la fin de chaque année au ministre des affaires « étrangères, qui en assurera la garde et pourra en délivrer « des extraits. » De sorte que le ministre des affaires étrangères, comme tout à l'heure ceux de la guerre et de la marine, est dépositaire de registres de l'état civil et peut en délivrer des extraits[1].

Pour les actes reçus, par application de l'article 47, dans les formes du pays, ce procédé n'est pas applicable. Dans un cas, pour les actes de mariage, l'article 171, placé au titre du mariage, vise le même but : « Dans les trois mois après « le retour du français sur le territoire du royaume, l'acte « de célébration du mariage contracté en pays étranger sera « transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son « domicile. » L'explication de cet article trouvera place au titre du mariage. Dès maintenant, trois observations doivent être faites.

a) L'article 171 n'assure pas d'une manière certaine la transcription, car il s'en remet aux parties elles-mêmes du soin de la faire et ne prononce aucune sanction pour le cas où elle ne serait pas faite.

b) L'article 171 est inapplicable tant que les époux restent à l'étranger.

c) Il est spécial aux actes de mariage ; rien de pareil n'est prescrit ni quant aux actes de naissance, ni quant aux actes de décès.

C'est donc une disposition insuffisante. Des faits récents et nombreux l'ont démontré. La multiplicité et la fréquence des relations internationales ont révélé la nécessité d'un service assurant administrativement la communication réciproque des actes de l'état civil. Ce service est maintenant organisé, ou à peu près. Le point de départ de la réforme a été un traité passé entre la France et l'Italie le 13 janvier 1875[2] et par lequel les deux Gouvernements, afin d'assurer la communication des actes de l'état civil de leurs nationaux res-

1. En ce qui concerne les ministres de la guerre et de la marine, nous avons observé tout à l'heure qu'ils sont bien constitués dépositaires de registres, mais sans recevoir expressément le pouvoir d'en délivrer des extraits.
2. D. P. 1875. IV. 99.

pectifs, s'engagent à se délivrer réciproquement des expéditions régulières des actes qui les concernent. La communication a lieu tous les six mois pour les actes reçus dans le semestre précédent. Cet échange international des actes de l'état civil a été, depuis 1875, organisé entre la France et d'autres pays [1]. Des négociations se poursuivent pour l'étendre partout [2].

Deux circulaires, l'une du ministre de l'intérieur du 30 juin 1875, l'autre du ministre de la justice du 12 mai 1875, ont établi les bases du service au moyen duquel se font les échanges. Les actes envoyés en France sont transcrits au domicile d'origine. Si ce domicile n'est pas connu, les actes sont transcrits à des mairies désignées. La première des deux circulaires annonce comme prochaine l'organisation de ce service par une loi. On attend encore cette loi.

Notons pour terminer une innovation introduite par la loi du 8 juin 1893, qui modifie l'article 47 du Code civil. L'ancien article était ainsi conçu : « Tout acte de l'état civil des fran-« çais et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été « rédigé dans les formes usitées dans ledit pays. » Le nouvel article contient deux alinéas dont le premier reproduit l'ancien texte et dont voici le second : « Lorsqu'un de ces actes con-« cernant des français sera transmis au ministère des affaires « étrangères, il y restera déposé pour en être délivré expédi-« tion. »

1. On peut citer comme exemples les conventions passées par la France avec la Belgique (25 août 1876) et avec la principauté de Monaco (24 mai 1881).

2. Voy. Rouard de Card, *De l'échange des actes de l'état civil entre nations par voie diplomatique*, dans le volume intitulé *Etudes de droit international* (Paris, 1890).

CHAPITRE IV

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

125. Quelque prévoyantes que soient les prescriptions relatives à la tenue des registres et à la rédaction des actes de l'état civil, quelque attentifs et vigilants que soient les officiers de l'état civil, des omissions, des erreurs et même des supercheries peuvent être commises. Une voie devait être ménagée pour les réparer : c'est précisément la rectification.

A l'autorité judiciaire seule appartient d'opérer la rectification (article 99). La stabilité des actes est d'ordre public; une fois rédigés, ils sont acquis tels quels aux intéressés et au public ; ils ne peuvent plus être modifiés sans l'intervention du pouvoir judiciaire, même du consentement des parties, même s'il s'agit de réparer des erreurs simplement matérielles. L'article 99 ne fait ni exception ni distinction; il fallait qu'il en fût ainsi, car, si on eût laissé place aux distinctions, la règle n'eût pas manqué de disparaître dans l'application.

126. En réalité cependant une double réserve doit être faite.

a) Le ministère public prétend avoir le droit de faire réparer d'office certaines irrégularités, sans l'intervention des tribunaux; il prétend tenir ce droit de l'ordonnance du 26 novembre 1823, laquelle, de fait, ne le lui donne pas. Cette ordonnance, déjà citée, a été rendue pour l'exécution de l'article 53 du Code ; elle organise et réglemente la vérification des registres de l'état civil, que le procureur de la République doit faire tous les ans quand les registres de l'année sont clos. L'article 1 porte : « La vérification des registres « de l'état civil... sera faite par nos procureurs près les tri- « bunaux de première instance... Le procès-verbal destiné « à constater cette vérification... désignera les actes défec- « tueux par le numéro correspondant du registre dont ils fe-

« ront partie et indiquera les contraventions en énonçant les « articles du Code civil dont les dispositions auront été vio- « lées. » L'article 3 ajoute : « Aussitôt que cette vérification « aura été terminée, nos procureurs adresseront aux officiers « de l'état civil de leur arrondissement des instructions sur « les contraventions qui auront été commises dans les actes « de l'année précédente et sur les moyens de les éviter.... » Le procureur de la République, dit-on, n'a pas seulement le pouvoir de signaler les contraventions commises et d'engager les officiers à les éviter dans l'avenir ; il peut et doit faire opérer la rectification des actes défectueux. Mais l'ordonnance ne dit pas cela du tout. Il faut ajouter qu'elle ne pouvait pas le dire, car, en le disant, elle eût dérogé à l'article 99 et il est élémentaire qu'une ordonnance ne peut modifier une loi. Si le parquet notifie à l'officier de l'état civil les irrégularités commises, c'est afin que celui-ci veille à ne plus les commettre.

Cependant la pratique est en ce sens et chaque jour on rectifie de cette manière les irrégularités légères qui n'ont pas d'importance et ne touchent pas à la substance des actes, les irrégularités matérielles et de forme, consistant par exemple dans l'absence de la signature de l'officier de l'état civil ou d'un témoin, dans le défaut d'approbation d'une surcharge ou d'une rature, dans l'absence d'un témoin, etc. La pratique reçue n'est pas déraisonnable, car recourir aux tribunaux dans ces cas serait les déranger pour peu de chose ; mais elle n'est pas légale.

b) Dès qu'on sort de la légalité, il n'y a pas de raison pour qu'on s'arrête et on ne s'est pas arrêté. A la suite du parquet, les officiers de l'état civil sont entrés dans la même voie. S'ils peuvent, à la requête du procureur de la République, réparer les irrégularités qui n'ont pas grande importance, pourquoi ne les répareraient-ils pas spontanément s'ils les découvrent, ou si on les leur signale ? Ainsi s'est établi un usage, qui s'est ensuite généralisé. Les officiers de l'état civil rectifient les actes, de leur initiative et sans contrôle, tant qu'ils ont sous la main les deux doubles des registres, de sorte qu'ils puissent les corriger tous les deux ; ils font revenir les déclarants ou comparants, les témoins dont on aurait omis de réclamer la signature ; ils ajoutent ou retranchent des noms, modifient l'orthographe, réparent des omissions, etc. Ils rectifient alors sous forme de ratures, de surcharges ou de renvois

approuvés, qui passent pour avoir été faits au moment même de la rédaction de l'acte par application de l'article 42.

C'est une pratique très dangereuse, car où est la limite qui sépare les rectifications pouvant impunément être faites sous cette forme et celles qui, plus graves, ne peuvent être opérées que par autorité de justice ? Par exemple, est-ce une rectification matérielle que de changer l'orthographe d'un nom? Qui ne voit cependant combien cela peut avoir de conséquences ? En tout cas, c'est absolument illégal ; car que deviennent alors les prescriptions si claires et si sages de l'article 99 ? Il ne fait, encore une fois, aucune distinction ; peu importe qu'il s'agisse d'une rectification simplement matérielle ou d'une rectification de nature à intéresser vraiment l'état civil de la personne.

La seule garantie contre les abus possibles de cette pratique est la surveillance du parquet. Il veille à ce qu'on n'opère sous cette forme que les rectifications sans importance, simplement matérielles, n'altérant pas la substance de l'acte.

127. N'insistons pas davantage sur ces rectifications plus ou moins clandestines, certainement irrégulières, et parlons des rectifications telles que la loi les comprend, c'est-à-dire de celles qui sont opérées par autorité de justice conformément à l'article 99, autrement dit des rectifications judiciaires.

Trois questions se posent sur ce sujet : 1° dans quels cas y a-t-il lieu à rectification ? — 2° par qui la rectification peut-elle être demandée et ordonnée ? — 3° comment s'opère la rectification et quels en sont les effets?

128. A. — Dans quels cas y a-t-il lieu à rectification ? Les cas sont nombreux et variés ; voici les principaux. Il y a lieu à rectification :

1° Quand l'acte est irrégulier en la forme (articles 37 à 39). L'acte doit être signé par l'officier de l'état civil, les comparants et les témoins ; une ou plusieurs signatures font défaut, ou bien l'un des témoins produit ne réunit pas les conditions de capacité exigées, ou bien on a omis de mentionner dans l'acte la lecture prescrite par l'article 38. On rétablit les signatures qui manquent, on produit un autre témoin, on fait la mention de la lecture.

2° Quand l'acte ne contient pas toutes les énonciations requises, de telle sorte qu'un doute puisse naître sur ce qu'il

est destiné à établir. Ainsi on a omis de mentionner, dans un acte de naissance, les noms du père et de la mère, ou bien, dans un acte de mariage, on a omis de mentionner la déclaration faite par les parties relativement au contrat de mariage (article 76 *in fine*).

3° Quand certaines mentions s'y trouvent qui ne devraient pas y être, comme par exemple la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse, ou bien la mention dans un acte de décès que le défunt est mort en prison (article 85).

4° Quand les énonciations contenues dans l'acte sont erronées. On a porté comme étant du sexe masculin un enfant du sexe féminin ou réciproquement, ou bien il a été commis une erreur de date, ou bien un nom a été mal orthographié, ou bien une partie du nom n'a pas été reproduite ou a été mal reproduite. Nul ne peut porter un nom autre que celui qui figure en son acte de naissance, à moins d'obtenir un changement de nom ; il y a donc utilité manifeste à faire rectifier l'acte au cas où le nom y a été altéré [1].

On a souvent agité la question de savoir s'il y a lieu à rectification pour l'insertion de titres honorifiques et notamment de titres nobiliaires. La loi du 28 mai 1858, incorporée dans l'article 259 du Code pénal, a donné un grand intérêt à cette question. Elle punit toute usurpation de titres nobiliaires et le fait de porter un autre nom que celui qui est assigné par l'acte de naissance. Peut-on, pour constituer un titre régulier, agir en rectification ? Relativement au nom, ce n'est pas douteux. C'est l'acte de naissance qui constate le nom ; il doit le bien constater, donc le constater tel qu'il est. En est-il de même en ce qui concerne le titre, notamment en ce qui concerne la particule, qui est généralement considérée comme un signe de noblesse ?

On en a douté. Quant au titre, il suffit pour la régularité des actes, a-t-on dit, qu'ils contiennent les mentions prescrites par les articles 34 et 57 du Code civil ; or il n'est pas question des titres dans ces articles et l'article 35 défend aux officiers de l'état civil de rien insérer dans les actes en dehors de ce qui doit être déclaré par les comparants [2]. Mais cela tient à ce que,

1. Voy. sur les changements de noms la loi du 11 germinal an XI, articles 4 et suivants. C'est la même qui limite les prénoms possibles dans les actes de naissance.

2. Rennes 13 juin 1864, D. P. 1865. II. 137, Sir. 1864. II. 195.

en 1803, les titres avaient été abolis et n'avaient pas encore été rétablis [1]. Depuis qu'ils l'ont été, comme l'acte doit contenir toutes les mentions propres à constater l'individualité, il doit contenir le nom tel qu'il est ; or le titre fait partie du nom [2]. D'ailleurs il y a lieu à rectification pour faire disparaître de l'acte un titre qui ne doit pas y être (article 259 C. pén.) ; comment n'en serait-il pas de même pour faire insérer dans l'acte un titre qui doit s'y trouver ?

Il faut toutefois que la propriété du titre soit établie par un acte régulier de collation ou de confirmation. Dès que la question de propriété du titre est soulevée, elle doit être jugée par le Conseil d'administration du ministère de la justice ; il est la seule autorité compétente pour connaître des demandes en collation, reconnaissance ou confirmation de titres [3].

On a douté également en ce qui concerne la particule. La question est autre, car il est admis que la particule, quoi qu'en pense le vulgaire, n'est pas par elle-même un signe de noblesse ; elle marque seulement un rapport d'origine et de lieu. Toutefois elle est une partie du nom et, puisque le nom doit être énoncé exactement, si une particule a été omise alors qu'elle est reconnue faire partie du nom, il y a lieu à rectification [4].

5° Quand l'acte, régulier au début, a été altéré depuis et qu'il importe de le rétablir dans son état primitif.

6° Quand les déclarations faites sont reconnues contraires à la vérité.

Il y a un cas où la solution est certaine : c'est celui que

1. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Actes de l'état civil*, n° 104.
2. Cass. 1er juin 1863, D. P. 1863. I. 216, Sir. 1863. I. 447.
3. Pendant longtemps, le Conseil du sceau des titres, institué par décret du 8 janvier 1859, a été seul compétent pour connaître des demandes dont il s'agit ; des officiers ministériels spéciaux, les référendaires au sceau de France, avaient le monopole de la poursuite des affaires relatives aux titres nobiliaires. Le Conseil du sceau a été supprimé par décret des 10-11 janvier 1872 et ses attributions ont été transférées au Conseil d'administration du ministère de la justice. Aux termes de l'article 6, les référendaires au sceau continueront d'exercer leur monopole devant la juridiction nouvelle substituée au Conseil du sceau. Mais un décret du 11 juin 1892 a supprimé la compagnie des référendaires ; le décret maintient en fonctions les référendaires existant en 1892 et décide qu'il ne sera plus pourvu aux vacances qui viendront à se produire dans leurs rangs. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Noblesse*, n°s 2 à [illegible], 42 à 51.
4. Toulouse 15 mars 1893, D. P. 1893. II. 332, Sir. 1893. II. 281, — Trib. d'[illegible]range 21 avril 1893, Sir. 1893. II. 281.

prévoit l'article 259, alinéas 2 et 3 du Code pénal. Cet article punit d'amende le fait d'avoir pris dans un acte de l'état civil un titre nobiliaire auquel on n'a pas droit ; puis il suppose une condamnation prononcée de ce chef et s'exprime ainsi : « Le tribunal ordonnera la mention du jugement en marge « des actes.... de l'état civil dans lesquels le titre aura été pris « indûment ou le nom altéré. »

Voici maintenant des cas qui sont douteux.

a) Celui qui s'est mensongèrement reconnu le père d'un enfant peut, démontrant la fausseté de la reconnaissance, obtenir la rectification de l'acte [1].

b) Une femme devenue veuve, ayant eu besoin de se faire délivrer une expédition de son acte de mariage, y lit que les contractants ont reconnu et légitimé un enfant né antérieurement. Elle proteste qu'il n'en est rien, qu'elle n'a jamais su que son acte de mariage contînt une telle mention et elle prouve que l'enfant reconnu était bien de son mari, mais d'une autre mère qu'elle. Le tribunal de la Seine, par jugement en date du 24 février 1883 [2], a admis qu'il y avait lieu à rectification ; le jugement annule la reconnaissance comme contraire à la vérité et ordonne la rectification à l'effet de faire disparaître la déclaration reconnue fausse.

129. B. — Par qui la rectification peut-elle être demandée et ordonnée ? Le tribunal, qui seul a droit d'ordonner une rectification, ne peut pas l'ordonner d'office ; il faut qu'elle soit demandée. Elle peut l'être :

a) Par les parties intéressées. Il faut entendre par là : 1° ceux que l'acte concerne, les parties, — 2° les représentants de ceux que l'acte concerne, c'est-à-dire les enfants quant à l'acte de leurs père et mère ou autres ascendants, les père et mère ou tuteurs quant à l'acte de leurs enfants ou pupilles, — 3° les membres d'une famille quant à tout acte qui, s'il n'était pas rectifié, aurait pour effet de faire entrer dans la famille celui que l'acte concerne.

b) Par le ministère public, représenté par le procureur de la République.

1. Paris 22 janvier 1855, D. P. 1855.II.144, Sir. 1855.II.1, — Aix 22 décembre 1852, D.P. 1853.II.121, Sir. 1854.II.321, — Paris 23 juillet 1853, D. P. 1854. II. 269, Sir. 1854.II.329, — Lyon 13 mars 1856, D. P. 1856.II.232, Sir. 1856. II.586, — Nîmes 7 mai 1879, D. P. 1879.II.133.

2. Journal *Le Droit*, 23 mars 1883.

Dans certains cas, il est hors de doute que le ministère public peut demander la rectification parce que la loi lui donne formellement qualité pour le faire. Il en est ainsi : 1° quand les parties sont indigentes et hors d'état de supporter les frais de l'instance en rectification (loi du 10 décembre 1850, article 3), — 2° quand un acte de mariage ne contient pas la déclaration des parties relative à leur contrat de mariage ou contient une déclaration erronée (article 76 *in fine* C. civ.), — 3° quand il s'agit de faire rétablir des registres perdus ou détruits (loi du 25 mars 1817, article 75).

La pratique générale admet en outre le ministère public à agir en rectification quand l'ordre public est intéressé. D'après le droit commun, le ministère public n'intervient en matière civile que pour donner des conclusions (article 83 C. proc.) ; il n'a qualité pour agir par voie d'action qu'exceptionnellement. Seulement l'exception est large et indiquée en ces termes par l'article 46 de la loi du 10 avril 1810 : « En « matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas « spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des « arrêts et jugements ; il poursuit d'office cette exécution « dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. » En matière de rectification d'actes de l'état civil spécialement, le ministère public fonde son droit d'agir sur deux textes : l'avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI (*in fine*) et le décret du 18 janvier 1811 (article 122).

La jurisprudence applique ces textes de la façon la plus large. Les mots *ordre public* et *intérêt public* sont fort élastiques ; les cas sont nombreux dans lesquels, de près ou de loin, on peut dire que l'ordre public est intéressé. C'est ainsi que des arrêts ont admis l'action du ministère public :

1° Toutes les fois qu'il s'agit de réparer un vice de forme imputable à l'officier de l'état civil, comme par exemple le défaut de signature.

2° Pour faire disparaître dans les actes les mentions qu'il est interdit d'y mettre, comme par exemple la mention, dans un actede décès, que le défunt est mort dans une prison ou été exécuté (article 85 C. civ.). Cela peut aller loin, car l'arti cle 35 défend aux officiers de l'état civil de rien insérer dan les actes en dehors de ce qui doit être déclaré par les compa rants ; d'où résulte pour le ministère public le droit d'agi toutes les fois qu'il y a dans un acte une énonciation non pres

crite. La règle a été souvent appliquée à des constatations de filiation adultérine ou incestueuse (article 335 C. civ.).

3° Quand un individu a été inscrit comme étant d'un sexe autre que celui auquel il appartient en réalité.

4° Quand l'acte attribue à ceux qui y sont dénommés des noms, titres ou qualifications qui ne leur appartiennent pas (article 259 C. pén.).

5° Pour faire disparaître la particule *de* si elle n'est pas justifiée.

Dans tous ces cas, dit-on, l'ordre public est intéressé [1].

Encore une fois, on peut aller très loin dans cette voie. L'ordre public est engagé à ce que les registres de l'état civil soient bien tenus ; alors on arrive à reconnaître au ministère public le droit d'agir quand ils le sont mal, ou d'une façon irrégulière, ou d'une façon insuffisante. Il est bien difficile de s'arrêter à une limite un peu nette.

Le ministère public a donc des attributions très larges en matière d'actes de l'état civil : il surveille la tenue des registres, il poursuit les infractions commises, enfin il agit en rectification toutes les fois que les parties n'agissent pas elles-mêmes et qu'il y a un intérêt apparent engagé dans l'affaire. Le service tout entier est placé sous sa surveillance et sa direction.

130. Sachant qui peut agir, il faut indiquer, pour en finir avec les demandes en rectification, quel est le tribunal compétent pour en connaître et dans quelle forme il doit être procédé.

D'assez nombreuses difficultés se sont élevées quant à la compétence. La loi du 8 juin 1893 les a presque toutes résolues, spécialement lorsqu'il s'agit des actes reçus dans des cas particuliers. La loi, pour atteindre ce but, a modifié l'article 99. Dans sa rédaction primitive, cet article était très court; ce qu'il contient en plus dans sa rédaction actuelle est précisément le règlement des compétences selon les cas. Nous renvoyons simplement au texte, car c'est plutôt une question de procédure que de droit civil.

Quant à la forme dans laquelle il doit être procédé, elle est réglée par les articles 855 et suivants du Code de procédure. Le demandeur n'a pas ici d'adversaire à assigner ; il s'adresse directement au tribunal par voie de requête. Sur la requête, le tribunal saisi peut :

(1) Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 99, n° 58.

1° Ordonner que les parties intéressées, autres que le requérant, soient mises en cause (article 99 *in fine* C. civ. et 856 C. proc.), afin que la décision soit applicable à tous.

2° Ordonner la réunion d'un conseil de famille, car quelquefois, par exemple quand il s'agit du nom, de l'orthographe du nom, toute la famille est intéressée et doit être consultée.

Dans tous les cas, l'affaire est communiquée au ministère public (article 99).

131. Ces règles concernent la rectification proprement dite, celle qui est demandée principalement; c'est la seule que prévoit l'article 99. Quelquefois, la rectification se présente sous une autre forme, comme résultant d'un jugement rendu sur une action soit en réclamation soit en contestation d'état. Par exemple, un enfant a été inscrit comme né de père et mère inconnus ; il agit en recherche de maternité (article 323) et le jugement qui admet la demande ordonne la rectification de l'acte de naissance. Ou bien un mariage est annulé et les époux demandent la rectification de l'acte de mariage. En pareil cas, le demandeur doit poser des conclusions doubles : 1° sur la demande principale relative à la question d'état, 2° sur la demande accessoire en rectification ; sinon il lui faudrait, ayant réussi sur la demande principale, procéder conformément à l'article 855 du Code de procédure pour obtenir la rectification [1].

Lorsque la rectification se présente ainsi accessoirement à une question d'état ou plutôt comme conséquence éventuelle du jugement sur une action relative à l'état, deux particularités sont à noter.

1° La demande ne doit pas être formée conformément à l'article 855 du Code de procédure, c'est-à-dire par requête, mais par assignation adressée à la personne qui est intéressée à combattre la prétention soulevée et au domicile de cette personne ; elle doit être jugée conformément aux règles admises en matière de questions d'état [2].

2° La demande, quoique formée sous l'apparence d'une action en rectification, n'est pas admissible si, dans les circonstances où on se trouve, l'action d'état n'est pas recevable, par

1. Paris 23 juin 1883, Journal *Le Droit*, 1er juillet 1883.
2. Cass. 1er mai 1889, D. P. 1889.I.288.

exemple dans le cas de l'article 322[1]. Il arrive souvent que l'action en réclamation ou en contestation d'état est dissimulée de la sorte sous la forme d'une simple action en rectification ; elle n'est pas recevable : le fond l'emporte sur la forme.

132. C. — Comment s'opère la rectification ordonnée et quels en sont les effets ? La question revient à savoir comment s'exécute le jugement de rectification.

Dès qu'une rectification a été ordonnée par justice, elle est acquise et forme titre désormais ; seulement la sentence qui a ordonné la rectification n'entraîne jamais modification matérielle de l'acte rectifié, de l'acte primitif. Celui-ci subsiste tel qu'il a été rédigé originairement. Mais le jugement de rectification est inscrit à sa date sur le registre courant et, de plus, mentionné en marge de l'acte rectifié ; c'est du rapprochement de l'acte primitif et du jugement que résulte désormais l'état civil exact de la personne.

Cela est écrit d'abord dans l'article 101 (rédaction de 1893) : « Les jugements de rectification seront transmis immédia- « tement par le procureur de la République à l'officier de « l'état civil du lieu où se trouve l'acte réformé. Ils seront « transcrits sur les registres et mention en sera faite en « marge de l'acte réformé[2]. » C'est écrit en outre, plus clairement encore, dans l'article 857 du Code de procédure : « Aucune rectification, aucun changement ne pourront être « faits sur l'acte ; mais les jugements de rectification se- « ront inscrits sur les registres par l'officier de l'état civil, « aussitôt qu'ils lui auront été remis : mention en sera faite « en marge de l'acte réformé et l'acte ne sera plus délivré « qu'avec les rectifications ordonnées, à peine de tous dom- « mages-intérêts contre l'officier qui l'aurait délivré. » L'article 49 du Code civil charge d'ailleurs le ministère public de veiller à l'accomplissement de ces mesures diverses.

En quoi consiste la mention faite en marge de l'acte primitif ? On s'est demandé, lors de la mise en vigueur du Code, si ce devait être une simple indication du jugement inter-

1. Trib. de la Seine 11 avril 1891, *Le Droit*, 26 avril 1891.

2. L'ancien article (rédaction de 1804) était conçu d'une manière un peu différente : « Les jugements de rectification seront inscrits sur les registres par « l'officier de l'état civil, aussitôt qu'ils lui auront été remis, et mention en « sera faite en marge de l'acte réformé. »

venu, ou une constatation de l'objet de la rectification. Un avis du Conseil d'Etat du 4 mars 1808 a décidé que la rectification doit être mentionnée en elle-même et dans son objet, non par simple renvoi au jugement.

Ces précautions prises pour l'exécution du jugement de rectification achèvent de démontrer l'irrégularité des rectifications plus ou moins clandestines dont nous avons signalé la fréquence, qui sont opérées par l'officier de l'état civil de lui-même et d'office ou sur l'ordre du procureur de la République[1]. En effet, quoique non entourées des garanties qui résultent de l'intervention de justice, elles ont des conséquences plus graves, puisqu'elles modifient l'acte lui-même, ce qui est une contradiction manifeste ; on les opère par ratures ou renvois en marge approuvés rétroactivement, par additions, quelquefois même par grattages habilement faits. Or cela est interdit même pour les rectifications judiciaires : l'acte rectifié doit subsister dans sa rédaction primitive, le jugement est inscrit à sa date et la rectification est mentionnée en marge de l'acte rectifié, l'état de la personne intéressée résultant du rapprochement des deux actes.

133. Ce maintien sur les registres de l'acte rectifié dans sa teneur primitive a une double raison d'être.

D'abord la portée exacte de la rectification ordonnée n'apparaît vraiment et sûrement que par comparaison avec l'acte rectifié. Si on surchargeait, raturait ou modifiait matériellement l'acte primitif, ce travail pourrait être mal fait et la situation serait ensuite plus embarrassante qu'avant. Les deux actes subsistant et pouvant toujours être rapprochés, le danger disparaît. De là les prescriptions très impératives des articles 49 et 101 du Code civil, ainsi que de l'article 857 du Code de procédure civile.

D'autre part, l'acte primitif peut conserver son effet. Voici comment. Le jugement qui ordonne la rectification n'a d'effet qu'entre les parties appelées ; il n'a pas d'effet absolu : c'est ce que disent les articles 100 du Code civil et 856 du Code de Procédure. Il en résulte que l'état des personnes est divisible, ce qui peut produire des résultats quelquefois bizarres; alors l'article 857 du Code de Procédure se comprend à merveille. C'est une application de l'article 1351 du Code civil, aux termes duquel les jugements sont bons pour ceux

1. *Suprà*, p. 204 à 206.

qui les obtiennent et ne sont opposables qu'à ceux contre lesquels ils ont été obtenus. Conformément à ce principe, la rectification n'a pas un effet absolu ; elle n'a d'effet que quant aux parties appelées. Il faut ajouter : quant aux personnes que les parties appelées représentent, vis-à-vis desquelles elles jouent le rôle de contradicteurs légitimes. La théorie du contradicteur légitime sera exposée sous l'article 1351.

134. Dernier détail relatif à la procédure. C'est à celui par le fait duquel a été commise l'erreur qu'il a fallu réparer de supporter les frais de la rectification. La règle est applicable même à l'officier de l'état civil, s'il y a faute ou négligence de sa part[1].

1. Trib. de Bourgoin 7 juillet 1883, *Le Droit*, 8 août 1883.

CHAPITRE V

DE LA FORCE PROBANTE DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

135. La force probante d'un acte est le degré d'autorité qui y est attaché, la foi qui lui est due comme instrument de preuve. Il faut distinguer à cet égard les actes inscrits sur les registres et les extraits des registres ou expéditions des actes ; il faut indiquer enfin comment on peut suppléer aux uns et aux autres quand ils font défaut.

SECTION I. — Autorité des actes inscrits sur les registres.

136. Les textes ne contiennent rien de spécial quant à eux. Ce silence s'explique si on observe que, dans l'usage, on ne se sert pas des registres pour prouver l'état civil. Les registres sont les archives publiques de l'état civil ; en fait, les particuliers se servent non des registres eux-mêmes, mais des extraits des registres ou expéditions des actes, qu'ils se font délivrer et qu'ils produisent quand cela est nécessaire. Il suffisait, dès lors, au point de vue pratique, de régler la force probante des extraits ; c'est précisément ce que fait l'article 45.

Cependant l'autorité des extraits ne peut être qu'une suite de celle des actes eux-mêmes et celle-ci doit être préalablement établie pour qu'on puisse régler celle-là. Le droit commun suffit à l'établir.

Les actes inscrits sur les registres sont des actes authentiques. En effet l'article 1317 marque le caractère constitutif des actes authentiques : « L'acte authentique est celui qui « a été reçu par des officiers publics ayant le droit d'ins- « trumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les « solennités requises. » Or tel est bien le caractère des actes de l'état civil ; ils sont reçus par des officiers publics, qui

sont les officiers de l'état civil, et les articles 34 et suivants règlent les solennités requises pour leur rédaction.

Il en résulte, au point de vue qui nous occupe, deux conséquences.

a) D'abord ces actes font pleine foi de ce qu'ils renferment. « L'acte authentique, dit l'article 1319, fait pleine foi de la « convention qu'il renferme entre les parties contractantes « et leurs héritiers ou ayants cause. » Si cet article parle des conventions, c'est que, par la place qu'il occupe, il n'a trait qu'aux conventions. D'une façon générale, il faut dire que les actes authentiques font foi de ce qu'ils renferment. Ils font foi, mais sous une réserve : à la condition que l'identité de celui qui se prévaut de l'acte ou au nom de qui l'acte est invoqué avec celui dont il est question dans l'acte soit non contestée, ou, en cas de contestation, prouvée. Sous cette réserve qu'il faut toujours sous-entendre, l'acte authentique fait foi.

b) Les registres font foi de ce qu'ils renferment jusqu'à inscription de faux, sauf une exception que nous retrouverons tout à l'heure. En effet, c'est là, d'après le droit commun, une prérogative inhérente aux actes authentiques. Elle consiste en deux choses.

1° En ce qu'ils sont tenus pour exacts tant qu'ils ne sont pas attaqués. Ce n'est pas à celui qui s'en prévaut à établir qu'ils sont bons, c'est à celui à qui on les oppose à prouver qu'ils sont faux.

2° En ce qu'ils ne peuvent être attaqués qu'au moyen d'une procédure spéciale organisée dans ce but et qu'on appelle la procédure de l'inscription de faux, dont les formes sont tracées dans les articles 214 et suivants du Code de procédure civile. S'inscrire en faux, au sens usuel du mot, c'est alléguer qu'un acte produit est faux, soit par suite d'un faux commis intentionnellement, soit par suite d'une erreur. Au sens juridique du mot, s'inscrire en faux c'est soutenir cette allégation dans la forme spéciale de la procédure d'inscription de faux. Si le faux a été commis intentionnellement, il y a lieu à une poursuite criminelle ; s'il a été commis par erreur, il y a lieu à une poursuite civile d'inscription de faux. En d'autres termes, foi est due aux actes authentiques à moins de preuve contraire et cette preuve contraire ne peut être faite que dans une forme particulière. C'est le plus haut degré de force probante qu'un acte puisse avoir.

Il n'est pas irrationnel de reconnaître cette force probante aux actes de l'état civil, si on observe le caractère de la personne qui les rédige, si on observe en outre toutes les précautions spéciales qui sont prises pour leur rédaction. En outre c'est utile : il est conforme aux exigences de la pratique que l'état des personnes, d'où découle leur condition, par suite leurs droits et leurs obligations, soit établi par des actes ayant une force probante exceptionnelle.

137. La règle est constante : les actes authentiques font foi jusqu'à inscription de faux. C'est une donnée élémentaire. Cependant, dans son application aux actes de l'état civil, elle est complétée par une distinction qui s'est dégagée peu à peu et qui est acceptée sans conteste. Les actes de l'état civil peuvent contenir des énonciations de plusieurs sortes et ils ne font pas également preuve ou foi de toutes.

Les énonciations, à ce point de vue, sont ou peuvent être de trois sortes.

a) Il en est d'abord qui ont un rapport direct avec l'objet de l'acte et se réfèrent à des constatations faites par l'officier de l'état civil lui-même. Il faut y assimiler la conformité de la rédaction avec les déclarations faites, en un mot tout ce que l'officier de l'état civil constate soit *de visu* soit *de auditu*. Ces énonciations, qui ne pourraient être attaquées qu'en mettant en doute la parole et la sincérité de l'officier de l'état civil, font foi jusqu'à inscription de faux. Soit par exemple un acte de naissance rédigé conformément à l'article 55. Dès que l'acte a été rédigé, il est acquis : 1° que telles personnes ont comparu, 2° qu'elles ont fait telles déclarations, 3° qu'un enfant a été présenté sous tel nom à la date de l'acte. Tout cela est acquis jusqu'à inscription de faux, car ce sont des faits que l'officier de l'état civil relate parce qu'il a vu ou entendu. Il en est autrement en ce qui concerne le lieu, le jour et l'heure de la naissance ; tout cela, l'officier de l'état civil ne le sait que parce qu'on le lui a rapporté.

Deux choses doivent faire présumer qu'il n'y a pas faux : le caractère d'officier public que possède l'officier de l'état civil et la responsabilité qu'il encourrait s'il commettait un faux. Le faux en écriture publique est puni de la peine des travaux forcés à perpétuité (article 145 C. pén.).

b) Une seconde catégorie d'énonciations comprend celles qui ont encore un rapport direct avec l'objet de l'acte, mais

qui, au lieu de se référer aux constatations faites par l'officier public, se réfèrent à des déclarations qui lui ont été faites par les déclarants ou comparants. Que la déclaration ait été faite, qu'elle ait été exactement reproduite, cela est prouvé jusqu'à inscription de faux, car on ne pourrait le contester qu'en mettant en doute la véracité de l'officier de l'état civil. Mais le fait déclaré, l'exactitude de ce fait sont-ils acquis avec la même certitude ? Non, car les mêmes garanties n'existent plus. Le premier venu peut se présenter et faire la déclaration, qui est acceptée telle quelle. Si le déclarant altère la vérité, il est passible, selon les cas, de la réclusion (article 345 C. pén.) ou des peines du faux témoignage (article 363 C. pén.). D'ailleurs, sans être coupable, il peut s'être trompé. Alors ces énonciations font foi non plus jusqu'à inscription de faux, mais seulement jusqu'à preuve contraire, preuve qui peut être fournie dans n'importe quelle forme et n'importe comment.

Par exemple, un acte de décès est dressé concernant une personne. Cette personne se présente et son identité n'est pas contestée, ou, si elle est contestée, elle est établie ; il est bien clair que l'intéressé n'a rien de plus à faire pour prouver qu'il n'est pas mort : l'acte perd sa force probante. La simple preuve contraire suffit, sans l'emploi de l'inscription de faux. Il n'en faudrait pas davantage pour faire tomber les indications fournies par un acte de naissance sur le lieu, le jour et l'heure de la naissance. D'une façon générale, la preuve contraire suffit toutes les fois qu'en attaquant l'acte on met en question non la véracité de l'officier de l'état civil, mais celle des déclarants ou comparants.

Ici apparaît manifeste l'intérêt des observations présentées plus haut sur les articles 55 et 77, à propos du procédé de constatation usité pour les naissances et décès. Quand la loi prescrit qu'une constatation soit faite par l'officier de l'état civil lui-même et y attache une autorité spéciale, il n'est pas admissible que la constatation puisse être faite par un autre que par l'officier de l'état civil ; les prévisions de la loi, qui fixe en conséquence la foi que mérite l'acte, seraient trompées.

c) Il existe enfin une troisième sorte d'énonciations : celles qui n'ont pas un rapport direct avec l'objet de l'acte, mais qui peuvent y avoir été insérées à tort. L'article 35 prohibe

ces énonciations, mais il est possible qu'il s'en trouve dans les actes. Quant à elles, l'acte ne fait pas foi ; elles tombent devant la seule dénégation des intéressés.

La règle est logique. Dès que ces énonciations n'ont pas de rapport direct avec l'objet de l'acte, il est admissible, vraisemblable et probable que ni l'attention de l'officier de l'état civil, ni celle des déclarants ou des témoins ne s'est portée spécialement sur elles ; rien n'autorise donc à les tenir comme avérées. Soit par exemple un acte de naissance constatant que l'enfant a été présenté vivant et viable. L'officier de l'état civil n'a pas mission de faire cette constatation, qui perd toute valeur devant une simple dénégation ; les intéressés ne peuvent donc s'en prévaloir pour soutenir que l'enfant est né vivant et viable (article 725).

138. Telle est la foi due aux actes inscrits sur les registres ; les énonciations qu'ils contiennent font foi tantôt jusqu'à inscription de faux, tantôt jusqu'à preuve contraire, tantôt enfin sauf dénégation.

Cette autorité, les actes inscrits sur les registres la possèdent quand les registres ont été régulièrement tenus et rédigés. L'ont-ils aussi quand les registres sont mal tenus, quand les actes sont mal rédigés ? Oui, en principe ; car, nous l'avons déjà dit, les formalités relatives à la tenue des registres et à la rédaction des actes ne sont pas prescrites à peine de nullité. Les nécessités de la pratique veulent qu'il en soit ainsi. Toutefois, il y a une limite où l'irrégularité cesse d'être tolérée. Il est évident que l'absence des formes affaiblit l'autorité et l'irrégularité peut être telle qu'elle détruise cette autorité [1].

SECTION II. — **Autorité des extraits des registres.**

139. Les registres de l'état civil sont publics en ce sens que toute personne peut exiger qu'il lui soit délivré copie ou expédition des actes qui y sont inscrits. Ces copies sont ce qu'on appelle les extraits des registres. « Toute personne, dit l'ar-« ticle 45, pourra se faire délivrer par les dépositaires des re-« gistres de l'état civil des extraits de ces registres. » Le texte

1. Cass. 28 nov. 1876, D. P. 1877.I.367, Sir. 1877.I.172.

lit : *toute personne*. Dès lors, quiconque a intérêt à connaître l'état civil d'une personne, son âge, si elle est mariée et avec qui, à reconstituer au besoin des rapports de parenté, peut demander et obtenir tous extraits des registres. Il n'est pas nécessaire de justifier d'un intérêt quelconque ; il suffit de payer les droits minimes fixés par le décret du 12 juillet 1807. Les extraits sont délivrés par les dépositaires des registres, qui sont normalement les officiers de l'état civil et les greffiers des tribunaux de première instance.

Donc les registres sont à la disposition de tous au moyen des extraits. En cela, les actes de l'état civil diffèrent des autres actes authentiques, notamment des actes notariés, dont les parties seules peuvent obtenir copie. La loi du 25 ventôse an XI (article 23) interdit formellement de délivrer des expéditions, sauf aux parties, à leurs héritiers et à leurs représentants. La différence tient à ce que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, tandis que tout le monde peut avoir intérêt à connaître l'état civil.

L'article 45 ajoute : « Les extraits délivrés conformes aux re-« gistres et légalisés par le président du tribunal de première « instance ou par le juge qui le remplacera feront foi jusqu'à « inscription de faux. » C'est dire que les extraits ont la même valeur que les actes qui sont inscrits sur les registres, toujours bien entendu sous réserve de la question d'identité. Pour qu'ils aient cette autorité, trois conditions doivent être remplies, qui toutes trois sont indiquées par l'article 45.

1° Il faut que l'extrait ait été délivré par le dépositaire légal des registres. Pour les actes de l'année courante, c'est l'officier de l'état civil, car les deux doubles sont à la mairie [1]. Pour les actes des années écoulées, les extraits peuvent être demandés soit au maire, soit au greffier du tribunal de première instance, qui détiennent chacun des doubles. Depuis la loi du 8 juin 1893, les ministres de la guerre, de la marine et des affaires étrangères sont dépositaires de registres de l'état civil dans des cas spéciaux [2].

1. L'usage a été quelque temps de considérer les secrétaires de mairie comme des dépositaires. C'était contraire à l'article 45 ; les secrétaires, en effet, ne sont que des employés. Un avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807 a mis fin à cette pratique. Ce n'est pas le maire qui fait la copie, mais il doit la signer ; c'est lui qui est le dépositaire légal. L'avis de 1807 déclare valables les extraits délivrés dans le passé conformément à l'usage ; il ajoute que les extraits délivrés à l'avenir ne seront valables que s'ils ont été signés par le maire.

2. Nous supposons résolue affirmativement la question de savoir si les mi-

2° Il faut que l'extrait ait été délivré conforme, c'est-à-dire qu'il soit certifié conforme au registre par le dépositaire légal; cela implique que le dépositaire l'a collationné, ce qui est une garantie d'exactitude.

C'est une question de savoir si l'allégation que l'extrait, quoique certifié conforme, n'est pas conforme au registre, ne peut se produire que par l'inscription de faux. Strictement, on n'en peut pas douter, car, en contestant la conformité, on attaque la véracité du dépositaire qui certifie. Cependant la solution contraire a prévalu, par suite de considérations de fait. Celui qui prétend que l'extrait produit n'est pas conforme n'a qu'à produire un autre extrait. Le rapprochement des deux extraits non conformes suffit pour que le juge ordonne la vérification et on saura à quoi s'en tenir. Il n'est donc pas nécessaire de recourir à l'inscription de faux.

3° Il faut enfin que l'extrait soit légalisé. La légalisation, ici comme toujours, est l'attestation donnée par qui de droit que la signature apposée sur un acte est véritable, c'est-à-dire qu'elle émane bien de celui dont elle reproduit le nom. Quand il s'agit des extraits des registres, la légalisation est l'attestation que la signature est bien celle du dépositaire. La légalisation est une garantie contre la possibilité de supercheries. A cet effet, le fonctionnaire chargé de légaliser doit avoir et il a en fait un registre portant, comme moyen de comparaison et de contrôle, la signature des dépositaires de registres.

La légalisation, pour les extraits des registres de l'état civil, est toujours nécessaire. En cela, l'article 45 se montre plus exigeant pour les actes de l'état civil que la loi de ventôse an XI pour les actes notariés. Aux termes de cette loi (article 28), la légalisation n'est nécessaire que quand l'acte est produit hors du ressort de la compétence du notaire. Ici, la légalisation est toujours nécessaire. Cela tient à des motifs de fait : la signature des notaires, dans le monde des affaires, est plus connue que celle des maires et la vérification est plus facile.

Aux termes de l'article 45, c'était le président du tribunal du ressort ou un juge délégué par lui qui seul pouvait léga-

nistres de la guerre et de la marine peuvent délivrer des extraits des registres dont la loi de 1893 les constitue dépositaires. Voy. *suprà*, p. 200 et 202. La question ne peut faire l'objet d'un doute sérieux.

liser. On a ultérieurement reconnu que la nécessité d'aller au chef-lieu de l'arrondissement, où siège le tribunal et où se trouve par là même le président, pour obtenir la légalisation, entraînait des pertes de temps et des frais parfois onéreux. Aussi la loi du 2 mai 1861 a modifié l'article 45 en conférant le droit de légaliser les extraits aux juges de paix dans les cantons autres que ceux où siègent les tribunaux de première instance. Le juge de paix siège au chef-lieu du canton ; on le trouve plus vite et plus facilement.

En résumé, trois conditions doivent être remplies pour que les extraits des registres aient la même force probante que les registres eux-mêmes : il faut que les extraits soient délivrés par les dépositaires, certifiés conformes et que la signature soit légalisée [1]. A ces trois conditions, les extraits font foi jusqu'à inscription de faux, c'est-à-dire qu'ils valent autant que l'acte inscrit sur le registre et ont la même force probante sous les mêmes distinctions.

140. C'est là, il importe de le remarquer, une règle spéciale aux actes de l'état civil. D'ordinaire, les reproductions d'un acte, ce qu'on appelle les copies ou expéditions, n'ont pas la même force que l'acte lui-même, au moins quand cet acte existe ; elles ne l'ont qu'à charge pour celui qui s'en prévaut de prouver la conformité, si l'adversaire l'exige, c'est-à-dire au besoin de représenter l'original (article 1334). Cela s'explique par les chances d'erreur ou les possibilités de fraude qu'amène la reproduction. Il en est autrement aux termes de l'article 45 ; les copies, sous le nom d'extraits, ont une force propre, sans que celui à qui on les oppose puisse exiger la représentation de l'original. La raison de cette particularité tient à ce que les registres de l'état civil ne pourraient pas être déplacés sans inconvénient grave. D'une part, à les faire voyager, on risquerait de les égarer ; d'autre part, à les soustraire à la surveillance dont il est bon qu'ils

1. Ces dispositions de l'article 45 sont certainement applicables aux extraits délivrés par les officiers de l'état civil et par les greffiers, qui sont les dépositaires de droit commun des registres de l'état civil. Le sont-elles également aux extraits délivrés en exécution de la loi du 8 juin 1893 par les ministres des affaires étrangères, de la guerre et de la marine, pour les actes dont ils sont constitués les dépositaires ? Aucune indication n'est fournie à cet égard soit par la loi de 1893 soit par les travaux préparatoires de cette loi. C'est manifestement une question à laquelle on n'a pas pensé. Il n'y a pas encore d'usage formé et on ne peut que signaler la question. Cpr. *suprà*, p. 221, note 2.

soient constamment l'objet, on s'exposerait aux altérations; enfin il faut qu'ils restent au dépôt pour recevoir les actes qui seraient requis, pour faciliter la délivrance des extraits demandés. Alors on entoure la délivrance des extraits de garanties spéciales. Si les prescriptions de la loi ont été observées, l'extrait, contrairement au droit commun, a une autorité propre. C'est là ce que signifie l'article 45.

Il y a bien quelques cas dans lesquels on ne peut éviter le déplacement des registres. Par exemple, quand un extrait est attaqué comme faux, il est nécessaire que le tribunal, pour juger, rapproche l'extrait de la minute, c'est-à-dire du registre et se fasse par conséquent présenter ce dernier. Le cas est prévu ; l'ordonnance du 18 août 1819 règle comment il doit alors être procédé. Cela est évidemment exceptionnel et ne peut se faire tous les jours.

SECTION III. — Comment il peut être suppléé aux registres de l'état civil.

141. Les naissances, mariages et décès ne peuvent en général être prouvés qu'à l'aide des actes inscrits sur les registres, ou, plus exactement, à l'aide des extraits. C'est le mode de preuve normal et habituel. L'article 194 le dit spécialement pour le mariage et il en est de même pour les autres faits de l'état civil.

Tant que les registres existent, quiconque a intérêt à prouver un fait de l'état civil, relatif soit à lui-même soit à d'autres personnes, peut se procurer un extrait des registres (article 45). Si les registres n'existent plus, les extraits antérieurement délivrés sont suffisants, puisque, comme on l'a vu, ils ont force probante par eux-mêmes. Mais comment s'y prendre si les registres n'existent pas ou n'existent plus et qu'on n'ait pas d'extraits antérieurs à la perte ? Comment l'état civil peut-il être prouvé ? C'est une question très pratique et incomplètement réglée. Il semble que la loi, ayant pris tant de soins pour assurer l'exacte et régulière tenue des registres, ait compté que cela suffirait et qu'il n'y avait pas à prévoir autre chose. Or elle s'est méprise.

142. L'article 46 prévoit deux cas possibles :

1° Le cas où les registres n'ont pas été tenus, où il est

prouvé qu'ils ne l'ont pas été. Le cas est rare, étant donné la régularité actuelle et de plus en plus assurée des services administratifs. Il faut assimiler à l'absence de registres l'interruption, les lacunes dans la tenue. Pour les actes se rapportant à la période pendant laquelle les registres n'ont pas été tenus, il est clair que l'interruption équivaut à l'absence de registres. C'est ce qui a été formellement reconnu dans un cas spécial par la loi du 13 janvier 1817, relative aux militaires absents (article 5). Ce n'est qu'une application d'une idée générale qui doit être toujours admise.

2° Le cas où les registres sont perdus, égarés ou détruits. Il faut, bien entendu, qu'il en soit ainsi des deux doubles ; tant que l'un d'eux existe, celui-ci suffit pour reconstituer l'autre. Il a été jugé que, quand un des doubles a été détruit, le tribunal doit, à la requête du dépositaire (maire ou greffier), ordonner qu'il sera procédé à la confection d'un nouveau registre au moyen de l'autre double [1]. En prévoyant le cas de destruction, l'article 46 suppose donc la destruction des deux doubles, ce qui peut se produire par suite d'accident (inondation, incendie) ou par suite de crime, de destruction volontaire.

Ici encore, il faut assimiler à la perte totale la perte partielle, par exemple la destruction ou la soustraction d'une ou de plusieurs feuilles ; pour les actes se rapportant à la période dont les actes sont perdus ou détruits, il est clair que la perte partielle équivaut à la perte totale. C'est encore ce qu'admet la loi du 13 janvier 1817 (article 5) pour les militaires et cette loi ne fait en cela qu'appliquer le droit commun.

Dans ces cas (non-tenue des registres, perte ou destruction des deux registres), l'article 46 indique comment l'état civil peut être prouvé : « Lorsqu'il n'aura pas existé de registres « ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par « titres que par témoins ; et dans ces cas, les mariages, nais- « sances et décès pourront être prouvés tant par les registres « et papiers émanés des pères et mères décédés que par té- « moins. » On peut donc recourir aux registres et papiers domestiques, aux témoignages ou à toutes autres preuves, même aux présomptions, puisque l'article 1353 les admet dans les cas où la preuve testimoniale est admise. Au moyen de ces

1. Trib. de la Seine 30 juin 1858, D. P. 1870. III. 114.

preuves, on refait judiciairement l'acte qui n'a pas été fait, qui a été perdu ou détruit ; l'acte refait par jugement prouve tout ce que l'acte primitif aurait lui-même prouvé avec tout ce qu'il pouvait contenir.

143. A ces deux cas formellement prévus par l'article 46 (absence ou destruction soit totale soit partielle), il faut en ajouter deux autres dans lesquels la question fait doute de savoir si l'article 46 est applicable ou non.

Il est possible d'abord, à propos d'une naissance, d'un mariage ou d'un décès, qu'on ignore où l'acte a été rédigé, de telle sorte qu'on ne peut pas se procurer un extrait. C'est comme si l'acte n'existait pas, puisqu'on ignore où il est. Il est possible en outre, sachant où est l'acte, qu'on ne le trouve pas : les registres ont été tenus, ils ne présentent trace ni d'interruption ni de destruction partielle ou totale et cependant l'acte n'y est pas. Peut-être n'y a-t-il pas eu de déclaration ; peut-être, s'il y a eu déclaration, l'acte a-t-il été omis. L'hypothèse n'est pas invraisemblable et s'est présentée. Il se peut que l'officier de l'état civil, quoique requis de recevoir une déclaration, ait oublié de rédiger l'acte ; spécialement il se peut qu'il l'ait rédigé sur feuille volante, auquel cas l'acte est sans valeur, et ait oublié ensuite de le reporter sur les registres ; il se peut aussi que l'acte, quoique rédigé, soit tellement informe qu'il ne puisse être admis comme preuve.

Dans ces cas, l'article 46 est-il applicable ? En d'autres termes, peut-on refaire judiciairement l'acte qui manque ? La jurisprudence l'admet, décidant que l'article 46 n'est pas seulement applicable dans les deux cas qu'il prévoit (non-tenue ou perte des registres), mais toutes les fois qu'on ne peut se procurer un extrait. Cette jurisprudence s'est formée peu à peu ; elle est aujourd'hui établie. Même, des arrêts ont été plus loin et ont autorisé la preuve testimoniale par cela seul que les circonstances permettaient de supposer que l'acte avait été omis. Par exemple, un officier de l'état civil avait l'habitude de faire signer les actes en blanc, puis de les rédiger de mémoire après coup et à son heure, ; ou bien, en matière d'actes de décès, on présente un permis d'inhumer, mais pas d'acte : ce sont là toutes circonstances qui rendent l'omission supposable et on applique alors l'article 46[1].

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 46, n° 5 ;— Aubry et Rau, I, p. 216, note 9.

Pratiquement, cette solution est difficile à admettre, car elle revient à dire qu'en tous cas, à défaut d'actes, les naissances, mariages et décès peuvent être prouvés autrement que par les registres. Or, à n'en pas douter, c'est détruire en grande partie le système des actes de l'état civil; c'est même enlever à l'article 46 toute portée: que parle-t-il du cas de non-tenue ou de perte des registres, s'il en est de même dans tous les cas?

Trois raisons ont cependant amené la jurisprudence à admettre cette solution.

La première est qu'il faut bien, en définitive, que l'état civil soit constaté. Les textes prévoient quelques cas plus particulièrement pratiques et urgents; par exemple, pour faciliter les mariages, les textes admettent que certaines naissances et certains décès peuvent être établis autrement que par la production d'un extrait des registres de l'état civil (articles 70 et 71, article 73 combiné avec l'avis du conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII). Hors de là, force est bien d'établir l'état civil en appliquant par analogie l'article 46.

La seconde raison est qu'on peut, en dehors des conditions régulières, faire dresser un acte de l'état civil par jugement en prouvant le fait d'état civil dont on veut assurer la constatation. L'article 55, par exemple, ne fait pas obstacle, nous l'avons vu, à ce qu'un acte de naissance soit établi après les trois jours de l'accouchement, pas plus que l'article 77 ne s'oppose à ce qu'un acte de décès soit dressé sans qu'il y ait eu constatation matérielle du décès par l'officier de l'état civil: il suffira dans les deux cas qu'un jugement ordonne à l'officier de l'état civil de dresser l'acte[1]. Mais alors, pourquoi ne pourrait-on pas faire établir de la même manière les actes qu'on ne trouve pas? La situation, en effet, est exactement la même. C'est ce qu'avait déjà décidé, avant la loi de 1893, celle du 13 janvier 1817 (articles 5, 6 et 11).

Une troisième raison achève de justifier légalement cette pratique: c'est que la loi apporte, dans certains cas, des restrictions à la règle admise par la jurisprudence, preuve manifeste, semble-t-il, que cette règle est bien légale. Dans certains cas, la loi exclut toute preuve des faits d'état civil autre que celle résultant des actes de l'état civil, ce qui im-

1. *Suprà*, p. 193 et suiv.

plique qu'en général elle admet ces autres preuves. Voici quels sont ces cas.

Il en est ainsi pour le mariage. Quand ce sont les prétendus époux qui l'invoquent, l'article 194 leur interdit d'en prouver l'existence autrement que par la production d'un extrait des registres ; c'est bien juste, car, tant qu'ils vivent, il n'est pas possible qu'ils aient oublié le lieu où ils se sont mariés. Mais si les deux époux sont morts et qu'il s'agisse pour leurs enfants d'établir l'existence du mariage afin d'en tirer une preuve de légitimité, l'article 197 s'exprime ainsi : « Si néanmoins... il existe des enfants issus de deux indivi- « dus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et « qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne « peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de « représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que « cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui « n'est point contredite par l'acte de naissance. »

Il en est encore ainsi pour la filiation légitime. L'article 319 pose en principe que « la filiation des enfants légiti- « mes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le re- « gistre de l'état civil ». L'article 320 ajoute qu'à défaut de titre la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. Enfin l'article 323 va encore plus loin : « A défaut de titre « et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit soit « sous de faux noms, soit comme né de père et mère incon- « nus, la preuve de filiation peut se faire par témoins. Néan- « moins cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a « commencement de preuve par écrit, ou lorsque les pré- « somptions ou indices résultant de faits dès lors constants « sont assez graves pour déterminer l'admission. »

Que conclure de tout cela ? C'est que la preuve par les modes du droit commun est ouverte à moins d'une restriction formelle.

144. Il y a un cas où la pratique se montre plus particulièrement large, mais où il faut bien reconnaître qu'elle paraît trop libre et trop en dehors des principes admis : c'est quand il s'agit de l'établissement de la parenté en matière de succession. Celui qui réclame un droit de succession doit établir la qualité qui le lui donne. Comme cette qualité est celle de parent, la preuve à fournir est celle de la filiation, donc celle de naissances et de mariages. Régulièrement, cette preuve doit

être fournie conformément aux règles écrites au titre des actes de l'état civil. Cependant on admet en jurisprudence que la parenté, à l'effet de succéder, peut être établie autrement que par les actes de l'état civil, sans qu'il soit indispensable de produire les actes, par toute espèce de preuve [1].

145. Finalement l'article 46 peut avoir de très nombreuses applications. Il s'applique en cas de non-tenue, de perte, de destruction, d'inexistence de l'acte. Dans tous ces cas un acte peut être dressé ; l'acte refait est inscrit sur les registres et possède la force probante attachée aux actes régulièrement faits. Enfin, à défaut d'acte, les faits d'état civil peuvent être prouvés autrement que par les actes.

146. Il convient de noter, comme appendice nécessaire au sujet qui nous occupe, deux lois dont l'importance est grande quoique l'une n'ait qu'un intérêt local, l'autre qu'un intérêt transitoire : les lois des 10 juillet 1871 et 12 février 1872.

147. Commençons par la loi de 1872. Elle a trait à la reconstitution des registres de l'état civil de Paris, détruits dans la dernière nuit de la Commune, celle du 23 au 24 mai 1871.

Aux termes de l'article 43, l'un des doubles des registres de l'état civil doit être déposé au greffe, l'autre restant aux archives de la mairie ; de sorte qu'à Paris l'un des doubles reste dans chaque arrondissement, tandis que l'autre est déposé au Palais de Justice. Mais, en 1860, par suite d'un fait notable dans l'histoire de Paris, on avait établi un dépôt unique où furent centralisés les doubles conservés jusque là dans les mairies. Le fait est celui-ci. Avant 1860, il y avait douze arrondissements à Paris, puis, en dehors des murs, des communes suburbaines. Chaque mairie conservait un double de ses registres d'état civil. Quand, en 1860, les communes suburbaines furent réunies à Paris, la ville ainsi agrandie fut divisée en vingt arrondissements, dont les circonscriptions ne correspondirent ni aux anciens arrondissements ni aux communes annexées. Alors où seraient restés les doubles conservés dans les archives des mairies ? Les anciennes circonscriptions n'existaient plus, les nouvelles ne correspondaient plus aux anciennes. Les doubles conservés

1. Cass. 11 juin 1890, Journal *La Loi* du 20 juin 1890, — Trib. de Rouen 24 janvier 1883, *La Loi* du 1er mars 1883,— Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 4e édition, II, p. 37.

jusque là dans les mairies furent centralisés dans un dépôt unique, à l'Hôtel de Ville.

On comprend alors comment l'incendie simultané de l'Hôtel de ville et du Palais de justice anéantit en quelques heures les archives de l'état civil jusqu'en 1860. Pour la période suivante, de 1860 à 1871, on a pu, au moyen des doubles restés dans les mairies, rétablir les doubles du greffe (article 23 de la loi) ; mais l'opération n'a pas été possible pour les actes antérieurs à 1860, dont les deux doubles avaient disparu. Ce fut une véritable catastrophe. Voici en effet ce qui en est résulté : les liens de parenté se sont trouvés privés de constatation authentique, les mariages ont pu être contestés, les filiations et l'époque des naissances sont devenues douteuses, les morts même, quoique certaines, ont cessé de pouvoir être prouvées. Que de complications possibles ! Il y avait, dans les archives de l'Hôtel de Ville, non seulement les actes de l'état civil dressés pour Paris et pour les communes suburbaines depuis la loi de 1792 qui a laïcisé l'état civil, mais la plupart des registres des anciennes paroisses, dont plusieurs remontaient au XVe siècle. Tout a disparu. Comment fallait-il remédier à la catastrophe ?

Les procédés fournis par le droit commun pour les cas ordinaires étaient évidemment insuffisants. Il y avait bien l'article 46. Mais se figure-t-on le tribunal de la Seine obligé de rendre autant de jugements qu'il y avait d'actes dans le dépôt central ? On a estimé qu'il devait y en avoir de six à huit millions et il fallait une loi spéciale pour en organiser la réfection : ce fut la loi du 12 février 1872. Elle se place dans la même hypothèse que l'article 46 mais elle en simplifie les dispositions en vue de cette situation exceptionnelle. L'économie de cette loi peut être résumée dans les cinq points suivants.

1° Elle règle comment les actes disparus seront rétablis. Ils le seront :

a) Au moyen des extraits des anciens registres (article 2). A cet effet, la loi prescrit, sous différentes sanctions, à toute personne détenant des extraits de les déposer (articles 6 à 12).

b) Sur déclaration (articles 2 et 11 à 14).

c) D'après tous documents (article 2, alinéa 3, articles 13 et 16).

d) Enfin d'office (article 16).

2° La loi règle la question de savoir à qui il appartient de statuer et c'est là que se trouve l'innovation capitale nécessitée par les circonstances. D'après le droit commun, c'est aux tribunaux civils qu'il appartient de statuer (article 46). La loi remplace les tribunaux civils, pour les actes détruits, par une commission centrale (articles 2 et 3). Si la commission admet, la reconstitution est faite par ses ordres ; si elle rejette, un recours contre sa décision peut être formé devant le tribunal civil (article 4) : on rentre dans le droit commun de l'article 46.

3° La loi règle l'autorité des actes rétablis. Ils n'ont pas toujours la même autorité que les actes anciens (article 3 *in fine*). C'est une règle de haute importance et absolument logique. Les extraits réguliers font foi jusqu'à inscription de faux ; donc les actes reconstitués sur production d'extraits font également foi jusqu'à inscription de faux. Quant aux autres, ils ne font foi que jusqu'à preuve contraire, car ils ne sont reconstitués que sur déclarations et les déclarations ne font foi que jusqu'à preuve contraire.

De sorte qu'aujourd'hui les extraits des registres sont de deux sortes au point de vue de la force probante. Dans une première catégorie rentrent les extraits des registres réguliers (article 45 C. civ.) et les expéditions d'actes reconstitués lorsque la reconstitution a eu lieu sur titres reconnus authentiques ; les extraits de cette première catégorie font foi jusqu'à inscription de faux. Dans une seconde catégorie rentrent les expéditions d'actes reconstitués par la commission centrale autrement que sur titres reconnus authentiques, lesquelles ne font foi que jusqu'à preuve contraire.

Ces distinctions, formellement faites par l'article 3 de la loi, confirment les règles établies plus haut quant à la force probante des diverses énonciations contenues dans les actes ; elles n'en sont que l'application.

4° La loi pose le principe de la gratuité des procédures en reconstitution d'actes (articles 5 et 15 à 24).

5° Elle s'occupe du classement des actes reconstitués, de la reconstitution des dépôts (article 18).

Cette loi a eu ainsi un double but : faciliter la reconstitution des actes détruits et exonérer l'autorité judiciaire d'un travail qui eût entravé la marche de la justice. Aussi il a été

jugé que, pour les actes détruits par les incendies de la Commune, la loi de 1872 est exclusive de l'application de l'article 46 [1].

Telle est cette loi. Elle a facilité dans la mesure du possible la réparation d'un désastre irréparable. Elle est une annexe de l'article 46.

L'application qui en fut faite n'a pas amené de suite tous les résultats attendus. Les articles 6 et 9 avaient prescrit les dépôts d'actes dans un délai bref et cela sous peine d'amende (article 19). Le législateur avait statué ainsi pour inciter un peu les intéressés ; mais les délais pour produire sans encourir les peines prononcées ont dû être successivement prorogés. A l'heure actuelle, le travail de reconstitution se poursuit toujours. Trois lois sont venues le réglementer à nouveau: celles des 5 juin 1875, 3 août 1875, et 5 juin 1893.

La loi du 5 juin 1875 a levé les pénalités de l'article 19, c'est-à-dire qu'elle a affranchi de la peine primitivement édictée ceux qui feraient à l'avenir des dépôts de pièces ou des déclarations conformément à la loi de 1872. C'était nécessaire pour faciliter la continuation des opérations. Elle substitue à l'amende un droit à percevoir sur les expéditions des actes reconstitués postérieurement, expéditions qui, jusque-là, avaient été gratuites.

La loi du 3 août 1875 a étendu, par des dispositions diverses, les pouvoirs des membres de la commission, pour faciliter l'accomplissement de leur mission.

Enfin la loi du 5 juin 1893 prend diverses mesures pour assurer la reconstitution d'office des actes détruits en 1871 et non encore reconstitués en 1893. La loi ordonne la reconstitution d'office des actes de naissance jusqu'au 1er janvier 1820, des actes de mariage jusqu'au 1er janvier 1830, des actes de décès jusqu'au 1er janvier 1838.

Dans ces conditions, c'est-à-dire sauf les modifications apportées par les lois postérieures, la loi du 12 février 1872 continue d'être appliquée. La commission instituée continuera ses fonctions jusqu'à ce qu'une loi nouvelle vienne mettre fin à ses attributions. Alors seulement la période de reconstitution exceptionnelle sera close; jusque-là, l'article 46 sera inapplicable aux actes détruits par l'incendie des dépôts à Paris.

1. Trib. de Saint-Quentin 15 novembre 1876, Journal *Le Droit* du 2 décembre 1876.

148. Terminons par un mot très bref sur la loi du 10 juillet 1871. La loi du 12 février 1872, quoique très importante, n'a qu'un intérêt local ; celle du 10 juillet 1871 n'a qu'une portée transitoire. Elle est intitulée : *loi relative au mode de suppléer aux actes de l'état civil du département de la Seine détruits dans la dernière insurrection*. Elle fournit le moyen de suppléer à certains actes nécessaires pour les mariages jusqu'à leur reconstitution : actes de naissance et actes de décès. La reconstitution des actes brûlés en 1871 n'étant pas achevée, les dispositions provisoires de la loi du 12 février 1872 reçoivent encore aujourd'hui leur application.

TITRE III

DU DOMICILE

149. Avec le titre III du livre I (articles 102 à 111), nous allons nous occuper du domicile. C'est un sujet simple, exclusivement pratique, sur lequel nous ne réunirons que quelques indications sommaires, pour le classement des idées et surtout des textes.

Le domicile est envisagé comme une nécessité d'ordre général. S'il est souvent utile, dans les rapports de la vie civile, de savoir à quelle nation une personne appartient, ce qui est une question de nationalité, s'il est utile de savoir à quelle famille une personne appartient, ce qui est une question d'état civil, il ne l'est pas moins de savoir où trouver cette personne d'une façon régulière et permanente : de là la notion du domicile. Le domicile est le siège légal des personnes. Nationalité, état civil, domicile, ce sont là les trois éléments généraux de l'individualité. Par là s'explique l'enchaînement des trois premiers titres du livre I du Code.

150. Il importe à la régularité des relations civiles que chaque personne ait un siège légal et permanent, où on puisse s'adresser à elle, même quand, de fait, elle a sa résidence ailleurs. C'est précisément le domicile. La demeure n'est qu'un pur fait ; c'est l'endroit où l'on est, fût-ce passagèrement ou accidentellement : on demeure dans un hôtel, au besoin à la nuit. La résidence implique déjà une certaine stabilité, une certaine permanence ; c'est la demeure stable et habituelle : ce n'est encore cependant qu'un fait. Souvent elle se confond avec le domicile : on réside le plus habituellement à son domicile ; elle peut en être distincte : on peut être domicilié à Paris et avoir ailleurs une résidence, peut-être plusieurs. A raison

de ce caractère de stabilité, de permanence, quelques effets civils sont attachés à la résidence, même en l'absence de la personne ; notamment certaines significations peuvent être faites valablement à la résidence sans l'être à la personne elle-même : on en trouve des exemples dans les articles 2 et 59 du Code de procédure civile.

Le domicile est toute autre chose. Il est indépendant de la résidence habituelle, à plus forte raison de l'habitation actuelle ; on peut l'avoir là où on ne réside pas, là où on n'a jamais habité : c'est le siège légal des personnes, où elles sont regardées comme étant, au point de vue des relations civiles, même quand, de fait, elles résident ou habitent ailleurs. Ce n'est plus un fait, c'est un rapport de droit permanent et constant ; il consiste dans une relation fixe établie entre la personne et un lieu déterminé. En d'autres termes, c'est le siège de droit, régulier, stable et permanent.

En droit, les mots *domicile*, *résidence*, *demeure* expriment donc des idées distinctes. Cependant, ils sont souvent pris l'un pour l'autre, non seulement dans le langage courant, qui n'est pas tenu d'observer les nuances juridiques, mais dans les textes de loi ; de là des équivoques possibles. Ainsi l'article 184 du Code pénal punit la violation de domicile. Dans ce texte, domicile veut dire demeure actuelle, habitation. C'est le sens primitif et étymologique du mot, qui vient du latin *domus*. Il est de jurisprudence que l'expression domicile, dans l'article 184 du Code pénal, ne s'applique qu'à l'endroit servant d'habitation, de résidence réelle. De là deux conséquences.

1° Il peut y avoir violation de domicile là où n'est qu'une simple demeure ou habitation.

2° Il ne peut y avoir violation de domicile, fût-ce au domicile civil, s'il ne sert pas en outre d'habitation actuelle. La violation de domicile s'entend du trouble apporté à la sécurité et à la tranquillité d'une personne chez elle et non des entreprises exercées sur les choses elles-mêmes. Le fait par un individu de pénétrer dans une maison qui ne lui appartient pas n'est pas forcément une violation de domicile ; il ne l'est que si cette maison sert d'habitation. Hors de là, ce peut être une tentative de vol, un bris de clôture ; ce n'est pas une violation de domicile [1].

1. Bourges 4 juin 1885, D. P. 1887.II.19.

Même remarque à propos des articles 270 et 271 qui définissent et punissent le vagabondage : « Les vagabonds ou gens « sans aveu, dit l'article 270, sont ceux qui n'ont ni domicile « certain, ni..... » Domicile veut dire : *résidence connue*. Un prévenu essaierait vainement d'échapper aux peines portées par l'article 271 en prouvant qu'il possède un domicile certain, s'il n'a pas de résidence connue. D'ailleurs on verra bientôt que, dans le système légal, toute personne a forcément un domicile [1].

Même remarque encore à propos de l'article 87 du Code d'instruction criminelle : « Le juge d'instruction se trans- « portera ...dans le domicile du prévenu. » Il est manifeste que c'est non seulement le vrai domicile, mais l'habitation, la maison [2].

Dans ces textes et dans quelques autres, les mots ne sont pas pris dans leur acception technique ; il y a transposition. Il n'en est pas moins certain que les trois mots *domicile*, *résidence*, *demeure* ont en droit un sens qui leur est particulier. C'est du domicile proprement dit, distinct de la résidence et à plus forte raison de la demeure actuelle, que traitent les articles 102 et suivants.

151. Il est reconnu par tout le monde que les règles du droit actuel à cet égard sont insuffisantes. Le Code se borne à reproduire quelques données qui suffisaient aux habitudes sédentaires d'autrefois, alors qu'il aurait fallu, avec nos habitudes plus remuantes d'aujourd'hui, des règles beaucoup plus précises. De là vient qu'en fait le domicile des personnes reste souvent incertain et mal déterminé ; rien souvent ne l'indique avec précision et ne le sépare de la résidence, sinon une appréciation de fait.

152. On distingue deux espèces de domiciles : le domicile général et les domiciles spéciaux.

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 102, n° 12.
2. On pourrait multiplier les exemples et faire notamment une remarque analogue à propos de l'article 781 C. proc. civ.

CHAPITRE I

LE DOMICILE GÉNÉRAL.

153. Le domicile général est celui que les personnes possèdent relativement aux actes en général qu'elles peuvent avoir à faire, relativement à la généralité des droits qu'elles peuvent avoir à exercer. On n'a qu'un domicile de cette sorte. L'article 102 le caractérise en ces termes : « Le domicile de tout « français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu « où il a son principal établissement. »

On l'appelle souvent domicile commun, domicile ordinaire et ces expressions marquent la même idée. On l'appelle aussi domicile réel et l'expression s'explique moins aisément. L'épithète *réel* répond sans doute à cette idée très générale que c'est le vrai domicile. Toujours est-il qu'il est appelé communément ainsi, même dans des textes législatifs, par exemple dans l'article 111 et dans l'article 14 de la loi municipale du 5 avril 1884.

154. Le domicile général, quoiqu'on le nomme ainsi, n'a de nos jours qu'une importance minime, au moins en matière civile; c'est au point de vue administratif et politique, surtout en matière de procédure, qu'il a des applications notables.

Il avait autrefois une importance bien plus considérable. A l'époque des coutumes, il en avait une presque égale à celle que présente de nos jours la nationalité. Les coutumes, en effet, étaient locales et chaque personne était soumise à la coutume de son domicile, du moins quant aux dispositions qui étaient de statut personnel ; c'était notamment la coutume du domicile qui régissait les successions mobilières. L'avènement d'une législation unique a fait disparaître cette application générale du domicile ordinaire[1]. Il ne conserve plus

1. Les conflits qui s'élevaient dans l'ancienne France entre les coutumes s'élèvent de nos jours entre les législations des différents peuples et le domicile présente, pour la solution de ces conflits, une importance analogue à celle qu'il

désormais que des applications isolées et c'est pour cela qu'il n'a plus qu'une importance secondaire en matière civile. Nous nous bornerons à indiquer quelles en sont les applications les plus caractéristiques, sans entreprendre de les citer toutes, ce qui serait une besogne longue et médiocrement utile, car elles apparaîtront à leur place dans les diverses parties du droit civil.

a) Au titre du domicile, une seule application est relevée par l'article 110. « Le lieu où la succession s'ouvrira sera dé- « terminé par le domicile. » Où qu'ait eu lieu le décès, où que soient situés les biens qui composent l'héritage, où que les héritiers soient eux-mêmes domiciliés, c'est au domicile du *de cujus* que la succession s'ouvre et par suite se liquide ; de là résulte notamment que le tribunal du lieu est compétent pour statuer sur toutes les difficultés qui peuvent surgir (articles 784, 793, 822 C. civ., 59, 986, 997 C. proc. civ.). Cette centralisation s'explique par des considérations pratiques. Les biens de la succession peuvent être disséminés dans des arrondissements différents ; les héritiers peuvent être domiciliés dans des arrondissements différents ; les titres actifs et passifs seront habituellement au domicile du défunt : il y a avantage pour tous à ce que les opérations y soient centralisées. Où les ferait-on sans cela ?

b) En matière de faillite, c'est le domicile d'un commerçant qui détermine où la faillite doit être déclarée (article 438 C. com.), en quelque lieu que soient d'ailleurs situés les établissements et magasins du failli.

c) C'est le domicile du mineur qui détermine le lieu où s'ouvre la tutelle (article 406). Il devient le domicile de la tutelle et, une fois établi, le siège de la tutelle ne change plus, quand même le tuteur serait domicilié ailleurs ou acquerrait un domicile ailleurs. Autre chose est le domicile du tuteur, qui peut changer, celui du mineur, qui peut changer

avait jadis pour la solution des conflits entre coutumes. Les lois, on le sait, sont territoriales ou personnelles ; or la loi personnelle est tantôt la loi nationale de la personne, sa loi d'origine, tantôt la loi du domicile. Voy. *Introduction, Explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 175 et 176. Sur l'importance du domicile au point de vue du droit international privé et sur la matière du domicile en général, il faut consulter la thèse de doctorat soutenue devant la Faculté de droit de Paris, en 1893, par M. Loiseau : *Du domicile comme principe de compétence législative dans la doctrine et la jurisprudence françaises depuis le Code civil.*

aussi, autre chose est le siège de la tutelle, qui ne change pas.

d) Le domicile réel détermine, relativement à quelques droits, le lieu où ils peuvent être exercés.

1° Les droits politiques s'exercent au domicile réel, à moins qu'il existe, quant à quelques-uns d'entre eux, un domicile spécial, comme c'est le cas pour l'électorat.

2° En matière administrative, le droit d'affouage appartient aux chefs de famille ou de maison « ayant domicile réel et « fixe dans la commune », dit l'article 105 du Code forestier. C'est également au domicile réel qu'est due la contribution personnelle et elle n'est due que là (loi du 21 avril 1832, article 13). Enfin le décret du 8 thermidor an XIII, contenant règlement sur l'organisation et les opérations du Mont-de-piété de Paris, s'exprime ainsi dans l'article 47 : « Nul ne « sera admis à déposer des nantissements pour lui valoir « prêt à la caisse du Mont-de-piété, s'il n'est connu et domi- « cilié, ou assisté d'un répondant connu et domicilié. »

3° En matière civile, il est rare que le domicile réel détermine le lieu où les droits peuvent être exercés ; même il n'en est ainsi que par exception. De droit commun, les actes de la vie civile peuvent être accomplis partout ; chacun peut contracter, s'obliger, acquérir, donner, recevoir n'importe où. Il y aurait erreur à croire que c'est seulement à son domicile qu'on exerce ses droits civils. Cependant il en est ainsi dans quelques cas exceptionnels.

D'abord, l'article 165 pose en principe que « le mariage « sera célébré publiquement devant l'officier de l'état civil « du domicile de l'une des deux parties », sans préjudice des règles inscrites dans l'article 74 relativement au domicile spécial quant au mariage.

En second lieu, le paiement d'une obligation doit être fait au domicile du débiteur, à moins de convention contraire ou qu'il ne s'agisse d'une dette de corps certain (article 1247).

Enfin c'est au domicile réel que l'on concentre les renseignements sur l'état civil. Quand il arrive qu'un acte ait été reçu ailleurs qu'au domicile parce que les faits qui y donnent lieu se sont accomplis ailleurs, la loi avise à ce qu'ils soient transcrits sur les registres du domicile (articles 60, 61, 80, 82, 86, 94, 98, 171).

Voilà des applications du domicile réel en matière civile ;

mais ce ne sont que des applications particulières. En matière civile proprement dite, l'utilité du domicile réel ou ordinaire est minime ; d'une manière générale, on peut faire partout les actes de la vie civile et ce serait singulièrement exagérer l'importance de l'article 102 que de le prendre à la lettre.

155. Mais il en est autrement en matière de procédure, où l'importance du domicile réel est considérable. Elle apparaît à deux points de vue.

1° C'est le domicile réel qui détermine habituellement la compétence des tribunaux.

Il la détermine quand il s'agit de la juridiction contentieuse, c'est-à-dire de celle où se débattent les litiges soulevés entre particuliers : « En matière personnelle, dit l'article 59 du Code de procédure, le défendeur sera assigné « devant le tribunal de son domicile... » Règle fondamentale, dont il existe une foule d'applications éparses (articles 219, 234, 281 C. civ.) et qui comporte des distinctions dont le détail n'a pas sa place dans un traité de droit civil.

Il la détermine quand il s'agit de la juridiction gracieuse, c'est-à-dire de celle où s'accomplissent, à propos de certains actes, des formalités qui consistent dans l'intervention de justice. Les textes sont formels en matière d'adoption (article 353 C. civ.), d'émancipation (article 477 C. civ.), d'autorisation maritale (article 861 C. proc. civ.) ; d'une façon générale, la règle est la même toutes les fois que l'autorité judiciaire doit intervenir dans les actes intéressant les particuliers.

2° C'est au domicile réel que les significations et notifications judiciaires sont valablement faites, même en l'absence de la personne. Quelquefois, les significations doivent être faites à la personne, mais la loi le dit ; hors de là, elles se font au domicile (articles 68 et 69, n° 8 C. proc. civ.).

Les applications du domicile en matière de procédure sont donc nombreuses et importantes, si bien que c'est seulement au point de vue de la procédure que le domicile réel a une véritable importance. Aussi beaucoup d'auteurs mettent en doute que la matière du domicile appartienne au droit civil proprement dit et estiment qu'il faudrait la renvoyer à la procédure : elle y présente un intérêt direct, tandis

qu'elle ne présente ailleurs qu'un intérêt accessoire[1]. Il est certain cependant que la détermination du domicile intéresse quelquefois l'application du droit civil et c'est la raison pour laquelle les rédacteurs du Code y ont inséré les dispositions ayant trait à cette matière.

156. Relativement à la détermination du domicile général, c'est l'article 102 qui fournit l'idée dominante ; mais il le fait en termes abstraits et obscurs, ce qui est mauvais dans une matière toute pratique : « Le domicile de tout français, quant « à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son prin- « cipal établissement. » Ce lieu est celui où on a le centre de ses intérêts, de ses affaires, de ses relations, celui d'où l'on ne s'éloigne qu'accidentellement, où on garde toujours l'esprit de retour ; c'est tout cela qui constitue le principal établissement. La même personne peut avoir plusieurs établissements ; il n'y en a qu'un qui soit le principal : celui-là sera le domicile, les autres n'en seront que les dépendances.

L'idée générale est exacte. Seulement à quels signes certains reconnaître ce principal établissement et l'isoler des autres, si la même personne en a plusieurs ? Ce n'est le plus souvent qu'une question de fait, à juger par les juges du fait en cas de contestation[2]. Dans quelques cas cependant la détermination du domicile réel est plus précise. Il existe en effet trois sortes de domiciles réels : le domicile de droit ou de dépendance, le domicile d'origine, le domicile d'acquisition ou de choix. Ce sont les trois formes du domicile réel. Elles doivent être étudiées séparément.

A. *Domicile de droit ou de dépendance.*

157. Il est le plus certain de tous quant à sa détermination. Il est assigné par la loi et c'est pour cela qu'on l'appelle souvent domicile de droit ; il est assigné à certaines personnes soit par suite de la dépendance où ces personnes se trouvent par rapport à d'autres, soit à raison des fonctions qu'elles occupent : c'est pour cela qu'on l'appelle domicile de dépendance, ou encore domicile accessoire, parce qu'il est la dépendance et l'accessoire soit du domicile d'autres personnes, soit de certaines fonctions. Ce sont là des qualifications usitées, qui

1. Laurent, *Principes de droit civil français*, 3e édit., II, p. 90.
2. Cass. 20 novembre 1889, D. P. 1890. I. 171.

sont acceptables, mais n'ont rien d'obligatoire ; la loi ne s'en sert pas et n'en emploie aucune.

De quelque nom qu'on l'appelle, domicile de dépendance, domicile accessoire, domicile de droit, le domicile dont il s'agit a un caractère très apparent : c'est celui qui est assigné à certaines personnes à raison de la situation où elles sont, soit au regard d'autres personnes, soit par suite de certaines fonctions. La loi assigne ainsi le domicile dans six cas.

1° Aux termes de l'article 108, le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère ou tuteur. C'est la conséquence des articles 372 et 450, qui placent le mineur émancipé sous l'autorité de ses père et mère ou sous celle du tuteur suivant les cas. Quand le père et la mère existent tous deux, le mineur a son domicile chez son père, car c'est au père qu'appartient l'exercice de l'autorité (articles 372 et 373). Dès que l'un d'eux est mort, le domicile du mineur est chez son tuteur, alors même que ce tuteur est autre que le survivant des père et mère ; le mineur a alors sa résidence chez le survivant des père et mère et son domicile chez son tuteur. Quant à l'enfant naturel, il a son domicile chez son tuteur.

Le mineur non émancipé a un domicile de dépendance dès qu'il existe et jusqu'à ce qu'il devienne apte à en avoir un propre, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il devienne majeur ou soit émancipé. Le changement de domicile du père ou du tuteur emporte changement de domicile du fils ou du pupille.

2° Le majeur interdit, aux termes de l'article 108, a son domicile chez son tuteur. Ici encore la dépendance du domicile tient à la dépendance de la personne, qui est la même pour l'interdit que pour le mineur (article 509). La disposition de l'article 108 est d'ailleurs applicable à l'interdit légal comme à l'interdit judiciaire (articles 489 C. civ. et 29 C. pén.).

En supposant que l'interdit soit un homme marié, si c'est la femme qui est tutrice de son mari (article 507), le mari aura son domicile chez la femme. Si la tutelle appartient à un autre que la femme, celle-ci aura son domicile chez le tuteur de son mari, car nous allons voir que la femme a son domicile chez le mari et le domicile du mari est alors déterminé lui-même par celui du tuteur [1].

1. Aux yeux de certains auteurs, la femme aurait le droit, dans cette hypothèse, d'avoir un domicile propre. Aubry et Rau, I, p. 580, texte et note 7.

3° « La femme mariée, lit-on dans la première ligne de « l'article 108, n'a point d'autre domicile que celui de son « mari. » La dépendance du domicile résulte de la dépendance de la personne, dont le principe est inscrit dans l'article 214. D'une part il y a communauté d'habitation, d'autre part le mari est le chef de l'association conjugale ; il est naturel que la femme n'ait pas d'autre domicile que celui du mari : elle a son domicile comme elle prend son nom.

La règle est applicable même si la femme a une résidence distincte, fût-ce du consentement du mari, mais elle cesse de l'être en cas de séparation de corps. On a pendant longtemps discuté sur ce point ; la controverse est éteinte depuis la loi du 6 février 1893, qui a dissipé le doute en ajoutant un nouvel alinéa à l'article 108 : « La femme séparée de corps cesse « d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari. Néan- « moins, toute signification faite à la femme séparée, en « matière de questions d'état, devra également être adressée « au mari, à peine de nullité. » Il est facile d'apercevoir la raison pour laquelle on a fait exception, en cas de séparation de corps, à la règle générale inscrite dans le texte de 1804. La dépendance de la femme est rendue moins étroite par la séparation de corps, surtout depuis que le régime de la séparation a été modifié par la loi du 6 février 1893 ; il est donc naturel que la dépendance du domicile disparaisse.

La règle de l'article 108 comporte encore deux exceptions.

a) Si le mari est interdit et que la femme soit tutrice, les rôles sont renversés et c'est le domicile de la femme qui devient celui du mari (article 108, alinéa 1, *in fine*).

b) La femme peut acquérir un domicile distinct quand elle est autorisée à faire un commerce séparé (articles 4 et 5 C. com.). Telle est au moins la jurisprudence de la Cour de cassation[1] ; elle paraît d'ailleurs très contestable. L'article 108, en effet, ne dit rien de pareil ; or on peut soutenir que la règle qu'il énonce est d'ordre public et ne peut être écartée par l'autorisation que le mari donne à la femme de faire un commerce séparé.

4° L'article 109 est ainsi conçu : « Les majeurs qui servent « ou travaillent habituellement chez autrui auront le même « domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils « travaillent, lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même

1. Cass. 12 juin 1883, D. P. 1883.I.281, Sir. 1884.I.257 (note de M. Esmein).

« maison. » Aux majeurs, seuls désignés par le texte, il faut assimiler les mineurs émancipés. Quant aux mineurs non émancipés, l'article 109 ne leur est pas applicable et il est facile de le comprendre, car ils ont déjà un domicile de dépendance chez leurs père et mère ou tuteur. Pour la même raison, il faut décider que l'article 109 est inapplicable aux majeurs qui ont déjà un domicile de droit quand ils se mettent dans la situation prévue par l'article 109 ; ayant déjà un tel domicile, les personnes dont il s'agit le conservent et ne prennent pas le domicile de l'article 109. Tel est le cas pour les femmes mariées non séparées de corps et pour les interdits.

Il faut enfin remarquer que l'article 109 est applicable seulement aux personnes « qui servent ou travaillent habituel« lement chez autrui », c'est-à-dire à celles qui occupent un emploi entraînant résidence stable et permanente ; sans cela on ne pourrait pas dire que ces personnes ont leur principal établissement chez leur maître. La Cour de cassation, faisant application de cette idée, décide que la domesticité n'attribue le domicile du maître au serviteur que si le serviteur demeure chez le maître [1].

5° Aux termes de l'article 107, « l'acceptation de fonctions « conférées à vie emportera translation immédiate du domi« cile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ses fonc« tions ». Les fonctions conférées à vie sont celles qui ne sont ni temporaires ni révocables, en d'autres termes les fonctions inamovibles. Par exemple les diverses fonctions de la magistrature dite assise ne sont ni temporaires ni révocables ; celles de membre d'un parquet et de juge de paix ne sont pas temporaires, sans doute, car on n'y est pas nommé pour un temps, mais elles sont révocables. Les fonctions inamovibles emportent une certaine idée de fixité et elles entraînent naturellement fixation du domicile ; un fonctionnaire inamovible a son principal établissement là où il exerce ses fonctions. La translation du domicile est immédiate, dit le texte, c'est-à-dire qu'elle s'opère immédiatement à partir de l'acceptation, laquelle ne devient définitive que par l'installation. Le changement d'habitation réelle n'est pas nécessaire.

Quant aux fonctions qui sont soit temporaires soit révocables, comme par exemple les fonctions administratives, elles n'emportent pas à elles seules translation de domicile.

1. Cass. 31 mai 1881, D. P. 1882.I.19.

Les fonctions de cet ordre n'attachent pas aussi fortement les personnes au lieu où elles les exercent. Ceux qui les exercent ont toujours l'espoir ou la crainte d'un avancement, d'une permutation ou d'une révocation ; ils sont dans un état de continuelle expectative. Aussi l'acceptation de ces fonctions n'entraîne fixation du domicile que si le fonctionnaire en manifeste l'intention : « Le citoyen appelé à une fonction pu-« blique temporaire ou révocable, dit l'article 106, conser-« vera le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas mani-« festé d'intention contraire. »

Les articles 104 et 105 indiquent de quelle manière une pareille intention peut être manifestée.

6° La loi des 25-28 mars 1873, sur la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie, contient l'indication d'un sixième cas de domicile de droit. « Le domicile des déportés, dit « l'article 17, pour tous les droits civils dont ils ont l'exer-« cice aux colonies, est au lieu où ils subissent leur peine. »

158. Tels sont les cas dans lesquels il existe un domicile accessoire, de droit ou de dépendance. Du moment qu'il y a plusieurs cas, il en résulte qu'une personne peut se trouver en même temps dans plusieurs situations emportant chacune attribution légale d'un domicile. Lequel alors l'emportera ? Ce sera celui qui résulte de la relation la plus étroite, la plus stable, la plus générale. La preuve en est dans l'article 109. Si cet article ne vise que les majeurs, c'est qu'il existe pour les mineurs un autre domicile de droit, celui de leur père ou de leur tuteur, et ce domicile a été regardé par les rédacteurs de l'article 109 comme primant en quelque sorte celui qui pourrait résulter pour le mineur du fait de servir ou travailler habituellement chez autrui. Nous avons dit déjà qu'il faut, par identité de motifs, assimiler à cet égard les majeurs interdits et les femmes mariées aux mineurs.

La même question se pose dans l'hypothèse où une femme mariée est interdite et a pour tuteur un autre que le mari. Où est alors le domicile de cette femme ? Est-il chez le mari ou bien chez le tuteur ? Le domicile est chez le tuteur.

B. *Domicile d'origine.*

159. Le domicile d'origine est celui qu'on a le jour où on acquiert le droit d'en avoir un qui soit personnel. Le Code

civil ne le mentionne pas ; il n'est pas douteux cependant qu'il en admette l'existence. C'est pour cela qu'il vise seulement les changements de domicile (article 103) et jamais l'établissement de domicile. Il y a en effet un domicile qu'on a forcément, que l'on conserve tant qu'on n'en a pas acquis un autre : c'est précisément le domicile d'origine.

Ce sera presque toujours un domicile de droit ou de dépendance. Ainsi l'enfant légitime a son domicile d'origine chez ses père et mère ou chez son tuteur ; l'enfant naturel, qui est en tutelle en venant au monde, a le sien chez son tuteur ; l'enfant trouvé l'a chez la personne par laquelle il a été recueilli[1]. Du reste, le domicile d'origine n'est pas nécessairement déterminé par le lieu de naissance, car la mère peut être accouchée ailleurs qu'à son domicile. Ce n'est pas non plus nécessairement le premier domicile qu'on ait eu, car le mineur, ayant son domicile chez ses père et mère ou tuteur, suit les changements de domicile de ceux-ci. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le domicile d'origine est celui qu'on a au moment où on devient capable d'en avoir un qui soit personnel, et on le garde jusqu'à ce qu'on en acquière un autre.

Le domicile d'origine est presque toujours un domicile de droit, mais il en est parfois autrement. Par exemple, le domicile d'origine de l'étranger naturalisé est au lieu où cet étranger réside lors de son admission à la nationalité française[2].

C. *Domicile d'acquisition.*

160. C'est celui qu'une personne se choisit elle-même librement quand elle est apte à avoir un domicile propre, c'est-à-dire quand elle n'est pas dans une des situations qui imposent un domicile de dépendance. Les articles 103, 104 et 105 disent comment un pareil domicile s'acquiert.

« Le changement de domicile, dit l'article 103, s'opérera « par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint « à l'intention d'y fixer son principal établissement. » En d'autres termes, l'acquisition de domicile se fait *animo et facto* ; l'intention de fixer dans un lieu son principal établissement doit être accompagnée du fait d'une habitation réelle

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 102, n° 16, — Laurent, *Principes*, II, p. 104 et s., — *Cours élémentaire de droit civil*, I, p. 197.
2. Cass. 23 mai 1889, D. P. 1889. I. 296, Sir. 1890. I. 175.

dans ce lieu. L'intention seule, si explicite soit-elle, ne suffit pas ; la simple translation d'habitation ne suffit pas non plus et n'opère qu'un changement de résidence. Il faut les deux conditions[1]. On peut avoir un domicile sans habitation quand il s'agit du domicile d'origine ou du domicile de dépendance, jamais quand il s'agit du domicile de choix.

L'habitation est un fait. Il peut être établi, en cas de doute, par tous les moyens de preuve possibles. Quant à l'intention, elle peut être manifestée de deux manières, dont l'une est régulière et l'autre tolérée. C'est l'article 104 qui fait connaître le mode régulier : « La preuve de l'intention résultera « d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du « lieu qu'on quittera qu'à celle du lieu où on aura transféré « son domicile. » Si cet article était obéi, il y aurait une assez grande régularité dans la fixation des domiciles ; mais la disposition de l'article 104 n'est pas impérative et, dans la pratique, elle n'est pas suivie ; on étonnerait beaucoup les employés d'une mairie en se présentant à eux pour obéir aux prescriptions de l'article 104. De là l'incertitude qui règne sur le domicile de la plupart des personnes.

L'article 105 prévoit l'hypothèse où l'intention d'établir dans un lieu son principal établissement n'est pas manifestée d'une façon régulière. Le législateur tolère que cette intention soit établie autrement : « A défaut de déclaration « expresse, la preuve de l'intention dépendra des circonstan- « ces. » Ce sera donc une pure question de fait, dont les éléments seront appréciés souverainement par les juges du fait. Les circonstances dont parle le texte sont de nature diverse et variable. L'article 105 revient à ceci : la preuve de l'intention sera faite si la personne se conduit dans le lieu de manière à témoigner qu'elle s'y regarde comme domiciliée. Par exemple, elle se laisse assigner au tribunal du lieu sans opposer l'exception d'incompétence (article 168 C. proc. civ.) ; elle se laisse porter sur la liste du jury, participe aux avantages du domicile quant à l'affouage (article 105 C. forestier), paie la contribution personnelle ou achète une propriété foncière. Rien d'incertain, de vague comme l'application de ces règles ; de là vient l'absence déjà signalée de toute fixité dans la détermination des domiciles[2].

1. Aubry et Rau, I, p. 584, — Dalloz, *Répertoire*, V° *Domicile*, n°s 31 et suiv.
2. Cass. 26 juin 1876, Journal *Le Droit* du 27 juin, — Trib. de Vienne

161. Une dernière remarque doit être faite sur les articles 103, 104 et 105 : c'est qu'il y est question de changements de domicile et non d'acquisition de domicile. En effet, comme tout le monde a un domicile d'origine, l'acquisition ultérieure d'un domicile de choix est un changement plutôt qu'une acquisition ; tant qu'un domicile nouveau n'est pas acquis, l'ancien est conservé et subsiste : la perte et l'acquisition sont corrélatives.

162. Telle est la théorie du Code. Deux conséquences en découlent.

1° On ne peut pas ne pas avoir un domicile, car on ne perd son domicile d'origine qu'en acquérant un domicile de choix.

2° On ne peut pas avoir plusieurs domiciles. D'abord, eût-on plusieurs résidences, il y en a toujours une qui est la principale, où l'on a son principal établissement : c'est le domicile. Ensuite, on ne peut acquérir un domicile qu'en perdant le précédent ; la loi ne connaît pas d'établissement ni d'acquisition de domicile, elle ne connaît que des changements de domicile.

Théoriquement, ces deux propositions sont incontestables. En fait, sauf dans une mesure qu'il faut préciser, ce ne sont que des subtilités doctrinales. Reprenons-les.

1° On ne peut pas ne pas avoir un domicile. Théoriquement, c'est certain, puisque toute personne conserve son domicile d'origine tant qu'elle n'en a pas acquis un autre. Mais le domicile qu'on a peut être inconnu, ce qui équivaut à peu de chose près à n'en pas avoir. Le domicile n'a d'utilité que par les effets pratiques qu'il produit ; s'il est inconnu, c'est comme s'il n'existait pas. Aussi le Code de procédure civile, se plaçant au point de vue pratique, suppose nettement qu'on peut ne pas avoir de domicile et décide qu'alors la résidence en tient lieu (articles 2, 59 et 69).

Ce qu'il y a d'exact dans l'observation faite, c'est que, tant qu'on a un domicile connu, on le conserve à moins qu'on en ait acquis un autre conformément aux articles 103, 104 et 105 [1]. De là découlent quelquefois des conséquences assez étranges. Une personne a un domicile d'origine ou de choix ; elle l'abandonne, en fait, sans d'ailleurs faire les diligences

9 avril 1881, *Ibid.*, 12 mai 1881, — Cass. 7 décembre 1885, D. P. 1886. I. 159, Sir. 1889. I. 152.

1. Cass. 24 mars 1890, Sir. 1890.I.420, — Cass. 5 novembre 1890, Sir. 1891. I.255.

nécessaires pour en acquérir un autre. Dix ans, vingt ans se passent ; cette personne n'a conservé aucune relation avec le pays où elle avait son domicile. Un procès exige des significations, qui sont adressées au domicile : sont-elles valables ? Ou bien la personne meurt : est-ce au domicile que la succession s'ouvre ? Théoriquement, l'affirmative est incontestable ; cela a été maintes fois jugé [1], mais il en résulte de grands embarras dans la pratique. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le bénéfice du droit n'appartient qu'aux vigilants : « *Vigilantibus jura subveniunt, non dormientibus.* » Nouvelle occasion de répéter l'observation déjà faite, savoir que le Code, en cette matière, a un peu sacrifié à l'abstraction. Quelle réalité possède ce domicile où nous venons de supposer que des significations sont faites ? Comment de pareilles significations peuvent-elles être valables ? Mieux vaudrait appliquer la disposition suivante, inscrite dans l'article 69 alinéa 8 du Code de procédure : « Ceux qui n'ont aucun domicile connu « en France seront assignés au lieu de leur résidence ac- « tuelle ; si le lieu n'est pas connu, l'exploit sera affiché à « la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande « est portée ; une seconde copie sera donnée au procureur de « la République, lequel visera l'original. »

2° On ne peut pas avoir plusieurs domiciles. Théoriquement, cette règle est certaine. L'unité nécessaire du domicile découle manifestement de ce fait que l'acquisition d'un domicile nouveau est concomitante à la perte de l'ancien, de ce fait que la loi ne connaît que les changements de domicile. Cela résulte d'ailleurs de l'article 102 lui-même, car il ne saurait y avoir qu'un établissement qui soit vraiment le principal. Mais, en fait, l'idée de l'unité de domicile tend à disparaître graduellement, au moins dans ses applications, et il en est ainsi pour deux raisons.

D'abord on se trouve souvent embarrassé pour discerner parmi les établissements, qui peuvent être multiples, celui qui est vraiment le principal et doit, par suite, être regardé comme étant le domicile. Si les déclarations de l'article 104 ont été faites, il n'y a pas d'incertitude ; mais si elles ne l'ont pas été, ce qui arrive le plus souvent, et qu'il faille se placer sur le terrain de l'article 105, c'est-à-dire tenir compte

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 110, n° 2.

des circonstances, qui dira où est le domicile parmi les établissements multiples ?

Ensuite, l'idée de l'unité nécessaire du domicile s'est trouvée ébranlée par le fait même du développement et de l'extension des affaires. Abstraction faite des difficultés juridiques qu'il peut y avoir à fixer le domicile, l'unité de domicile, si on l'avait maintenue intacte, aurait entraîné, avec la complication actuelle des affaires, des embarras pratiques devant lesquels on a reculé.

On peut signaler deux étapes dans la jurisprudence sur ce point.

Elle a d'abord admis d'une manière absolue l'unité de domicile. La détermination du domicile, en cas de doute, est une question de fait ; les juges ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire en cas de contestation ; ils peuvent et doivent fixer le domicile. C'est en effet la théorie primitive, celle du Code civil.

En présence des difficultés pratiques, la jurisprudence a été plus loin et, tout en rendant hommage au principe de l'unité de domicile, elle est arrivée en fait à reconnaître sinon plusieurs domiciles, du moins les effets de plusieurs, ce qui n'est pas sensiblement différent.

On l'a admis d'abord pour les Compagnies de chemins de fer, qui sont des personnes civiles. Les personnes civiles ont un domicile comme les particuliers ; pour les sociétés, on l'appelle le siège social. C'est là qu'est leur principal établissement et qu'elles doivent être actionnées en justice (article 59, C. proc. civ.) ; assignées ailleurs, elles peuvent décliner la compétence des juges devant lesquels elles sont appelées. Telle est la vérité théorique ; mais la pratique n'a pu s'en accommoder. La plupart des Compagnies de chemins de fer ont leur siège social à Paris ; elles peuvent être en rapport d'affaires avec des personnes habitant sur tout le parcours de leurs réseaux ; va-t-on forcer tous ceux qui ont à plaider contre elles à saisir le tribunal de la Seine, à se déranger pour venir plaider à Paris ? On a reculé. Il est de jurisprudence aujourd'hui qu'une Compagnie de chemins de fer peut être actionnée à son siège social : cela va sans dire, car c'est son vrai domicile ; mais elle peut l'être aussi devant le tribunal de l'arrondissement où est située une gare succursale. C'est un point de jurisprudence qui ne fait pas

doute aujourd'hui[1] ; de sorte que les Compagnies de chemins de fer se trouvent avoir, en fait, plusieurs domiciles.

Entrée dans cette voie, la jurisprudence ne pouvait guère s'arrêter là. Elle a étendu l'application des mêmes idées à quelques autres grandes sociétés commerciales. La question s'est posée pour les compagnies d'assurances et pour la Compagnie générale des allumettes chimiques. La jurisprudence est moins établie à cet égard et plus hésitante. Il n'y a pas de raison pour qu'on n'admette pas dans toutes les hypothèses le principe nouveau. C'est manifestement la tendance actuelle[2].

Il n'y a pas de raison non plus pour qu'on n'admette pas le nouveau principe en ce qui concerne les particuliers autres que les personnes civiles, si, à côté de leur établissement principal, ils ont des établissements assez importants pour qu'on puisse les considérer comme des succursales. La pratique est sur une pente où on va oublier complètement l'idée de l'unité de domicile, au moins par rapport à l'un des effets les plus importants du domicile : la détermination des compétences en matière judiciaire.

Seulement alors une question se pose. Quelles demandes pourront être portées au tribunal de la succursale ? Quelles ne pourront être portées qu'au tribunal du siège social ? C'est ici l'arbitraire proprement dit. La jurisprudence admet que le tribunal de la situation de la succursale a compétence seulement pour les opérations conclues là où est établie la succursale[3]. C'est d'ailleurs un sujet que nous retrouverons plus tard en traitant des élections de domicile.

163. En résumé, cette matière du domicile, comme plusieurs de celles que nous avons déjà rencontrées, est en voie de transformation. Elle se lie, comme la matière des actes de l'état civil, à la question du casier civil ; elle y trouverait des solutions plus précises, plus pratiques que celles qui sont reçues à l'heure présente.

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 111, n° 14.

2. Aubry et Rau, I, p. 587, — Lyon 28 février 1882, D.P. 1883.II.99, — Lyon 19 juin 1883, D. P. 1885.II.185, — Aix 15 janvier 1884, D.P. 1886.II.49 (note de M. Glasson), — Cass. 17 février 1885, D. P. 1886.I.14, — Cass. 4 mars 1885, D. P. 1885.I.353, Sir. 1885.I.169 (note de M. Lyon-Caen).

3. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 111, n° 14 ; Cpr. les arrêts cités à la note précédente.

CHAPITRE II

LES DOMICILES SPÉCIAUX.

164. Les domiciles spéciaux sont ceux qui sont assignés ou qu'on peut avoir non plus pour la généralité des droits ou des actes, mais pour l'exercice de certains droits, quelquefois d'un droit déterminé, ou relativement à un acte spécial, le domicile ordinaire restant le siège juridique de la personne pour tous les autres droits et tous les autres actes.

Les domiciles spéciaux sont d'exception. Ils constituent des dérogations à la règle écrite dans l'article 102, d'après laquelle tout français exerce ses droits civils à son domicile réel. Tantôt ils sont assignés par la loi, tantôt ils sont établis par la volonté des particuliers. Il y en a quatre : les trois premiers sont assignés par la loi, le quatrième est établi par la volonté des particuliers.

A. *Domicile spécial quant au mariage.*

165. En principe, l'officier de l'état civil compétent pour procéder à la célébration d'un mariage est celui du domicile de l'une des deux parties. C'est ce que dit l'article 165, écrit au titre du mariage et la règle est facile à justifier : le législateur veut, dans un but de publicité, que les personnes soient connues là où elles se marient et elles le sont suffisamment à leur domicile.

De l'article 165 il faut rapprocher l'article 74, écrit au titre des actes de l'état civil : « Le mariage sera célébré dans « la commune où l'un des deux époux aura son domicile. Ce « domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'ha- « bitation continue dans la même commune. » Le texte est clairement rédigé ; cependant il a donné lieu à une question célèbre que voici.

Du texte de l'article 74 résulte certainement qu'on peut

se marier là où l'on a six mois d'habitation sans y avoir son domicile réel ; mais ne peut-on se marier que là, ou bien le domicile réel reste-t-il attributif de compétence ? En d'autres termes, l'article 74 ouvre-t-il seulement une faculté, de sorte qu'on pourrait se marier dans la commune où l'on a son domicile réel, aux termes de l'article 165, et en outre dans la commune où, sans avoir son domicile réel, on a six mois d'habitation, aux termes de l'article 74 ? Ou bien l'article 74 est-il exclusif, de sorte qu'on ne puisse se marier que là où l'on a six mois de résidence ? La disposition s'expliquerait par ce fait que le législateur tient à assurer la publicité des mariages, que dès lors on ne doit se marier que là où l'on est connu, afin de faciliter aux oppositions, s'il y a lieu, le moyen de se produire. Le doute, sur la question ainsi posée, étonne, car il s'agit là d'une règle d'application quotidienne. Qu'est-ce qui constitue le domicile matrimonial ? Voilà bien des années que l'on discute là-dessus. « Les textes sont tels, dit Demolombe, si équivoques et si obscurs, qu'ils fournissent des arguments à tous les systèmes [1]. »

L'opinion la plus générale est que l'article 74 ouvre une faculté, mais sans supprimer l'effet quant au mariage du domicile réel, de sorte qu'on peut opter. L'article 167 fournit un argument très fort à l'appui de cette manière de voir : « Néanmoins, si le domicile actuel n'est établi que par six mois « de résidence, les publications seront faites en outre à la « municipalité du dernier domicile. » C'est la preuve que le domicile réel n'est pas inexistant quant au mariage, alors même que les parties ont acquis le domicile spécial de l'article 74.

166. Deux faits donnent une grande force à cette opinion : un fait ancien et un fait récent.

Voici le fait ancien. La loi du 20 septembre 1792 contenait une disposition analogue à celle de l'article 74 : « Le domi« cile relativement au mariage, disait cette loi (Titre IV, sec« tion II, article 2), est fixé par une habitation de six mois dans « le même lieu. » Or la loi de 1792 a été interprétée par une loi de la Convention, en date du 22 germinal an II, de la façon suivante : le droit de se marier là où l'on n'a pas son domicile réel, si on y a six mois de résidence, n'exclut pas le droit

1. Demolombe, *Du mariage et de la séparation de corps*, I, p. 299.

de se marier à son domicile réel, même si on n'y a pas six mois de résidence continue. La règle de 1792 était ainsi comprise et appliquée quand l'article 74 fut rédigé, d'où il faut conclure que cet article a le sens qui était attribué à la disposition similaire de 1792 [1].

Le fait nouveau, c'est que la question a été portée et indirectement résolue à l'Assemblée nationale en 1871. Il s'agissait de l'application de l'article 74 aux alsaciens-lorrains ayant opté pour la nationalité française. Si on interprète l'article 74 comme exclusif du droit de se marier au domicile réel quand on n'y a pas six mois de résidence, les alsaciens-lorrains venus s'établir en France n'allaient-ils pas être forcés d'ajourner les mariages projetés pendant six mois, jusqu'à ce qu'ils eussent acquis le domicile spécial ? La situation se compliquait pour eux de ce que leur ancien domicile se trouvait placé en dehors de la juridiction française. Un projet de loi fut présenté, modifiant l'article 74 : « Pour les alsaciens et les « lorrains qui ont choisi la nationalité française ou qui sont « encore dans le délai d'option, le « domicile quant au ma- « riage s'établira par un mois de résidence continue dans la « même commune française. » Après examen, l'Assemblée nationale a reconnu que la saine interprétation de l'article 74 rendait cette loi inutile, attendu qu'il résulte des articles 74, 165 et 167 que le mariage peut toujours être célébré dans la commune où l'une des parties a son domicile réel, lors même qu'elle n'y compte pas six mois de résidence. Cela revenait à dire que l'article 74 ouvre une faculté, tout en laissant subsister le droit que confère le domicile ordinaire ; donc par cela seul que l'un des futurs époux a acquis régulièrement un domicile réel, le mariage y est possible. Le projet de loi fut écarté sur cette observation et une circulaire fut envoyée par le Garde des sceaux à tous les parquets, annonçant le sens dans lequel l'article 74 venait d'être interprété par l'Assemblée nationale. Cette circulaire très importante est du 21 décembre 1871. Ce n'est pas là une interprétation législative, mais cela y ressemble : c'est une interprétation indirecte et la question peut être considérée comme résolue.

1. Il faut observer toutefois que rien n'est plus obscur, plus contradictoire que les observations échangées sur ce point au Conseil d'Etat ; les affirmations et les négations se sont croisées et la discussion a été close sans qu'on ait conclu. Voy. Dalloz, *Répertoire*, V° *Mariage*, n° 364.

B. *Domicile de secours.*

167. Ce domicile est celui où l'homme nécessiteux a droit aux secours publics. L'assistance privée secourt qui elle veut; l'assistance publique ne secourt que ceux qui ont le domicile de secours. Pendant longtemps, les règles relatives à la détermination du domicile de secours ont été celles que contiennent les lois du 24 vendémiaire an II (15 octobre 1793) et des 22 janvier, 8 avril, 7 et 13 août 1851. Ces règles n'ont plus, à l'heure actuelle, qu'un intérêt historique ; elles ont été refondues et posées avec une précision nouvelle par la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite. L'article 1 de cette loi est ainsi conçu : « Tout français malade, « privé de ressources, reçoit gratuitement de la commune, du « département ou de l'Etat, suivant son domicile de secours, « l'assistance médicale... » Le titre II de la loi (articles 6 à 9) est intitulé : *Domicile de secours* ; il établit des distinctions importantes dans le détail desquelles ce n'est pas ici le lieu d'entrer, car elles sont du domaine du droit administratif. L'idée générale intéresse seule le droit civil et c'est la suivante : le domicile de secours est ou peut être distinct du domicile réel[1].

C. *Domicile politique.*

168. On donne ce nom au siège juridique des personnes quant à l'exercice des droits politiques, le lieu où elles peuvent exercer ces droits. Pendant longtemps il a été distinct du domicile réel ; à l'heure actuelle, sous quelques réserves, il tend chaque jour davantage à se confondre avec lui, ce qui donne une nouvelle importance à l'exacte fixation du domicile réel.

Il en était distinct notamment en 1804. D'après le droit en vigueur lors de la rédaction du Code, le domicile politique s'acquérait autrement que le domicile réel et pouvait par suite en être distinct. Par là s'explique la rédaction de l'article 102 : « Le domicile de tout français, quant à l'exercice de « ses droits civils, est au lieu où il a son principal établisse- « ment » ; ce qui implique que le domicile, quant à l'exercice

1. Voy. Souchon, *Les questions de domicile de secours et la loi du* 15 *juillet* 1893, dans la *Revue critique de droit*, année 1895, p. 372 à 393.

des droits politiques, se déterminait autrement. En effet, d'après la Constitution de l'an VIII, c'était l'inscription sur les registres civiques qui seule donnait l'exercice des droits politiques ; on ne pouvait les exercer que là où on était inscrit et seulement après une année d'inscription. Il se pouvait, et cela devait arriver fréquemment, que l'on fût inscrit là où l'on avait son domicile réel ; il se pouvait qu'on le fût ailleurs ; alors les deux domiciles étaient indépendants l'un de l'autre.

La désuétude des registres civiques, quand la Constitution de l'an VIII cessa d'être en vigueur, a entraîné l'abrogation de ces règles. Depuis, en principe au moins, le domicile politique n'est plus distinct du domicile civil ; la restriction de l'article 102 n'a plus ni raison d'être ni portée : le domicile politique, en principe, n'est plus autre que le domicile civil. Ainsi, c'est à son domicile ordinaire qu'on est inscrit sur la liste du jury (loi du 21 novembre 1872, article 6), car la liste annuelle ne peut comprendre « que des citoyens ayant « leur domicile dans le département ». Ainsi encore, pour pouvoir être témoin dans un acte notarié, il faut être domicilié dans l'arrondissement où l'acte est passé (loi du 25 ventôse an XI, article 9). D'une manière générale, c'est à son domicile ordinaire qu'on exerce ses droits politiques comme ses droits civils.

169. Il y a toutefois des règles spéciales quant à l'électorat et à l'éligibilité, qui sont les droits politiques proprement dits.

Pendant longtemps, tout en regardant les deux droits comme se confondant en principe, on a admis des élections ou translations de domicile politique, quant à l'électorat et à l'éligibilité, ailleurs qu'au domicile réel. Ainsi la loi du 19 avril 1831, sur les élections à la Chambre des députés, disait dans son article 10 : « Le domicile politique de tout français « est dans l'arrondissement électoral où il a son domicile « réel ; néanmoins il pourra le transférer dans tout autre ar- « rondissement électoral où il paie une contribution directe, « à la charge d'en faire, six mois d'avance, une déclaration « expresse au greffe du tribunal civil de l'arrondissement « électoral où il aura son domicile politique actuel, et au « greffe du tribunal civil de l'arrondissement où il voudra le « transférer..... » Les deux domiciles étaient alors absolu-

ment indépendants et l'article 10 ajoutait : « Dans le cas où « un électeur aura séparé son domicile politique de son domi- « cile réel, la translation de son domicile réel n'emportera « pas le changement de son domicile politique. » Il faut rapprocher de ce texte la loi du 25 avril 1845 sur la translation du domicile politique.

Cette pratique a duré jusqu'en 1849, époque où disparut l'usage des élections de domicile politique et depuis laquelle on soumit à des règles différentes l'électorat et l'éligibilité. La loi électorale du 15 mars 1849 s'exprime ainsi dans l'article 42 : « Nul ne peut être admis à voter s'il n'est inscrit « sur la liste. » Or l'article 2 dit : « La liste comprend tous « les français âgés de vingt-un ans, jouissant de leurs droits « civils et politiques et habitant dans la même commune de- « puis six mois au moins. » D'où il se peut que l'on ait son domicile politique quant au droit de vote là où l'on n'a pas son domicile réel. Quant à l'éligibilité, elle ne suppose aucune condition particulière d'exercice ; on est éligible partout, dès qu'on a la capacité politique. On a jugé nécessaire de décider ainsi pour n'entraver en rien, a-t-on dit, la liberté des électeurs. Depuis lors s'est introduit l'usage des candidatures cosmopolites, qui, on peut au moins le soutenir, altèrent d'une façon fâcheuse la représentation nationale. N'est-il pas plus naturel que chaque contrée soit représentée par des hommes de la contrée, c'est-à-dire y ayant leur domicile ?

Quoi qu'il en soit, c'est encore, sauf quelques distinctions, le système actuellement suivi. Nous n'allons en tracer que les grandes lignes et écarter les détails, car il s'agit d'une matière spéciale et qui rentre dans le droit public.

Pour l'éligibilité, il n'y a pas de conditions de domicile. Par cela seul qu'on a l'aptitude personnelle, c'est-à-dire l'âge requis (vingt-cinq ans pour la Chambre des députés et quarante pour le Sénat), on est éligible partout ; au moins en est-il ainsi pour les élections aux deux Chambres. Pour être éligible aux conseils généraux des départements, aux conseils d'arrondissements et aux conseils municipaux, il faut être domicilié dans le département, l'arrondissement ou la commune, ou bien, si on est domicilié ailleurs, y payer une contribution directe. Encore le nombre des conseillers non domiciliés ne peut-il excéder le quart des membres du conseil. Le do-

micile dont il s'agit est d'ailleurs le domicile général ou réel [1].

Pour l'électorat, on ne peut l'exercer que là où on est inscrit sur les listes électorales. Le domicile électoral, dès lors, est au lieu où l'on remplit les conditions prescrites par les lois politiques pour pouvoir être inscrit. Or ces conditions peuvent être autres que celles prescrites pour l'acquisition d'un domicile réel. Ainsi les listes comprennent : 1° ceux qui sont domiciliés, quoiqu'en fait ils résident ailleurs, 2° ceux qui résident depuis six mois, quoique domiciliés ailleurs, 3° ceux qui sont inscrits au rôle de l'une des quatre contributions directes d'une commune et qui ont déclaré vouloir y exercer leur droit électoral [2]. D'où il se peut qu'on soit inscrit sur la liste d'une commune où on n'a pas son domicile réel ; par suite, le domicile politique est distinct du domicile réel.

170. En résumé, le domicile politique, de nos jours, se confond en principe avec le domicile général ou réel ; toutefois il peut en être différent quant à l'électorat. C'est à ce point de vue seulement qu'il peut exister un domicile politique spécial et mieux vaudrait alors abandonner l'expression de *domicile politique*, qui ne répond plus à aucune réalité, pour adopter celle de *domicile électoral.* L'expression serait plus exacte, non sans offrir d'ailleurs l'inconvénient de prêter à des confusions entre le domicile *d'électorat*, dont il vient d'être parlé, et le domicile *élu* ou *d'élection*, auquel nous allons arriver.

Ajoutons que le domicile politique, quand il est distinct du domicile réel, entraîne compétence des tribunaux de ce domicile pour toutes les demandes ou poursuites relatives à l'exercice du droit électoral [3].

D. *Domicile élu.*

171. Les trois premiers domiciles spéciaux (domicile quant au mariage, domicile de secours et domicile politique) sont assignés par la loi ; le quatrième peut être établi par la volonté des particuliers : c'est le domicile élu, celui qui résulte d'une élection de domicile.

1. Loi du 10 août 1871, article 6, — Loi du 5 avril 1884, article 31, — Décret-loi du 3 juillet 1848, article 14.
2. Loi du 5 avril 1884, art. 14, — Loi du 10 août 1871, art. 6.
3. Cass. 8 janvier 1884, D. P. 1884.I.106, Sir. 1885.I.431.

L'article 111, qui traite du domicile élu, le fait en ces termes : « Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou « de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce « même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, « les significations, demandes et poursuites relatives à cet « acte pourront être faites au domicile convenu et devant le « juge de ce domicile. »

L'élection de domicile, dans un acte, a pour but de faciliter à celle des parties à laquelle cet acte confère un droit, au créancier en général, les significations et poursuites que cet acte pourra rendre nécessaires. Ainsi un prêt est consenti. Si l'emprunteur ne rembourse pas à l'échéance convenue, le prêteur le poursuivra ; pour cela, d'après le droit commun, il devra faire les significations au domicile réel de l'emprunteur et saisir le tribunal de ce domicile. Or les déplacements qu'occasionne au créancier l'application de cette règle sont parfois onéreux, toujours gênants. On comprend que le prêteur entende, dans le cas où il aurait à recourir aux voies d'exécution forcée, qu'il lui soit loisible, au lieu d'aller chercher le débiteur chez lui, de l'actionner devant le tribunal de son propre domicile. L'emprunteur, s'il souscrit à cette condition, fera élection de domicile dans le ressort de l'arrondissement qu'habite le prêteur et celui-ci obtiendra ainsi des facilités de poursuite que ne lui donne pas le droit commun. En somme, l'emprunteur prendra un domicile spécial pour l'exécution de l'acte intervenu : c'est le domicile élu.

Ce n'est là qu'un exemple. L'élection est possible en tout cas ; celle des parties à laquelle un acte quelconque confère un droit, les deux parties si l'acte leur en confère à toutes deux, peuvent s'assurer la faculté de poursuivre au domicile élu, au lieu d'être obligées de poursuivre, comme c'est le droit commun, au domicile réel. C'est l'élection de domicile volontaire, conventionnelle ; elle est facultative et intervient parce qu'il plaît aux parties. Le plus souvent, elle sera faite dans l'acte même d'où résulte le droit à exercer : c'est ce que suppose l'article 111, parce que c'est le cas le plus ordinaire ; rien ne s'oppose à ce qu'elle soit faite après coup, par acte séparé.

Il n'est même pas exigé qu'elle soit faite par écrit. Elle peut être implicite, c'est-à-dire résulter de clauses qui l'impli-

quent[1] ; elle peut être tacite et résulter de circonstances qui la supposent. Ainsi on admet généralement que les personnes qui, comme les militaires et les étudiants majeurs, résident ailleurs qu'à leur domicile, peuvent être assignées devant le tribunal de leur résidence en paiement des objets qui leur auraient été fournis pour leur usage personnel, parce que les circonstances, dit-on, impliquent élection de domicile. C'est au moyen de cette idée d'élection tacite de domicile qu'on peut expliquer juridiquement la jurisprudence signalée précédemment[2], laquelle admet des domiciles multiples pour les sociétés ayant des succursales ; leur domicile réel est au siège social, l'établissement de succursales est regardé comme valant élection de domicile au profit des tiers qui traitent avec la société à la succursale. En effet, par suite d'élections conventionnelles, la même personne peut avoir autant de domiciles élus qu'il y a d'affaires dans lesquelles elle est engagée ; la règle de l'unité de domicile ne s'applique manifestement qu'au domicile réel[3].

Quelquefois l'élection de domicile est légale et alors obligatoire. Ce que peut faire la prévoyance des parties, la loi l'impose parfois pour faciliter à certaines personnes les significations et poursuites auxquelles un acte peut donner lieu. Il en est ainsi pour les actes d'opposition au mariage, qui doivent contenir élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré (article 176) ; il en est ainsi en matière d'inscription des privilèges et hypothèques : le créancier doit faire élection de domicile dans l'arrondissement du bureau où il prend inscription (article 2148) et les conséquences de cette élection sont déduites par les articles 2152, 2156, 2185 ; enfin il en est ainsi dans un grand nombre de cas, prévus soit au Code de procédure civile (articles 61, 422, 435, 437, 559, 584, 637, 673, 675, 927), soit au Code d'instruction criminelle (articles 68 et 535). Le but est le même dans tous les cas : rendre possibles au domicile élu les significations et poursuites qui, d'après le droit commun, devraient être faites au domicile réel, faciliter ainsi ces significations et poursuites, en évitant au créancier la nécessité d'aller chercher le défendeur à son domicile réel.

1. Voy. des exemples dans Aubry et Rau, I, p. 587, note 3.
2. *Suprà*, p. 251 et 252.
3. Cass. 7 décembre 1886, D. P. 1887. I. 101, Sir. 1887. I. 70.

Du reste, le bénéfice de l'élection reste facultatif pour le créancier, qui peut, s'il le préfère, user du droit commun. L'article 111 l'indique suffisamment quand il dit : « les si« gnifications, demandes et poursuites... *pourront* être faites « au domicile convenu... » L'article 59 *in fine* du Code de procédure est plus explicite encore : en cas d'élection de domicile pour l'exécution d'un acte, le défendeur sera assigné « devant le tribunal du domicile élu, ou devant le tribu« nal du domicile réel du défendeur... » Le demandeur garde donc le choix. Le domicile élu a cela de particulier qu'il est admis dans l'intérêt du créancier, lequel peut dès lors renoncer au bénéfice qui en résulte, à moins cependant que les circonstances n'indiquent que les parties ont entendu écarter l'effet du domicile réel dans leur intérêt réciproque ; dans ce cas, comme toujours, la convention des parties fait loi (article 1134) [1].

Tels sont le caractère et les effets généraux de l'élection de domicile.

172. En la forme, l'élection peut être faite de trois manières.

1° Le plus souvent, elle est faite avec indication de personne, c'est-à-dire chez une personne déterminée et dénommée, ordinairement chez un avoué de l'arrondissement ; rien ne s'oppose à ce qu'elle soit faite chez une personne quelconque, chez un ami. L'élection, dans ce cas, est une opération complexe ; elle a un double effet. Dans les rapports du débiteur qui élit domicile avec le créancier, elle donne à celui-ci le droit d'agir devant le tribunal du domicile élu : elle est attributive de compétence. Dans les rapports du débiteur qui élit domicile avec la personne chez laquelle l'élection est faite, c'est une sorte de mandat : le débiteur charge cette personne de la représenter dans les significations et poursuites. De là deux conséquences : *a*) toutes les significations faites au domicile élu sont réputées faites au domicile réel, car le mandataire représente le mandant, — *b*) celui chez qui l'élection est faite est obligé de faire connaître à l'intéressé les significations qu'il a reçues, car l'article 1991 charge le mandataire d'exécuter le mandat reçu, sous peine de dommages-intérêts.

2° L'élection de domicile peut être faite dans le ressort d'un

1. Justice de paix du XI[e] arrondissement de Paris 6 octobre 1886 (Journal *Le Droit*, 20 octobre 1886),— Cass. 14 juin 1875, D.P. 1875. I. 289, Sir. 1876.I.172.

tribunal, sans indication de personne, sans autre précision ni désignation. Elle n'est alors qu'attributive de compétence. Les significations doivent toujours être faites au domicile réel; seulement le tribunal du domicile élu est compétent.

3° Il se peut que le débiteur fasse élection de domicile en son propre domicile. C'est alors un moyen pour le créancier de se garer contre les changements de domicile réel que pourrait faire ultérieurement le débiteur ; le domicile réel, abandonné comme tel, reste domicile élu. C'est aussi un moyen de se garer contre les suites du décès du débiteur ; le débiteur, une fois mort, est remplacé par ses héritiers, mais ceux-ci, vu l'élection du domicile, n'ont point à être assignés au tribunal de leur domicile : ils le sont valablement au lieu où l'aurait été leur auteur. Je fais un prêt à une personne qui est domiciliée à Paris ; je suppose qu'elle a le projet d'aller se fixer ailleurs ou je redoute qu'elle ne vienne à mourir et soit remplacée par des héritiers domiciliés ailleurs ; en consentant le prêt, j'exigerai que cette personne fasse élection de domicile chez elle et ma situation ne changera pas [1].

173. Tout cela est simple ; ce ne sont là que des observations de fait. L'article 111 soulève cependant plusieurs difficultés, dont l'étude ne saurait trouver place ici, car elles concernent la procédure ; deux seulement doivent être signalées parce qu'elles sont particulièrement importantes.

1° C'est un principe que tout jugement doit, avant d'être exécuté, être signifié (articles 146 et 147 C. proc. civ.). On discute la question de savoir si le jugement rendu par le tribunal du domicile élu est valablement signifié à ce domicile ou doit l'être au domicile réel. Un point est certain, c'est que l'article 111 ne mentionne pas les significations de jugements ; il ne mentionne que les significations et poursuites relatives à l'exécution de la convention. Or la disposition de l'article est exceptionnelle, puisqu'il s'agit d'un domicile spécial. On en a conclu un peu subtilement qu'elle ne s'applique pas au jugement qui a pris la place de la convention [2]; mais c'est oublier que les jugements ne font que déclarer des droits préexistants [3]. Il en serait toutefois autrement si une

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 111, n° 29.
2. Cass. 24 janvier 1865, D. P. 1865, I. 74, Sir. 1865. I. 127.
3. Acollas, *Manuel de droit civil*, I, p. 102, — Aubry et Rau, I, p. 588, texte et note 8.

déclaration formelle avait été faite à cet égard lors de l'élection de domicile.

2° L'élection de domicile se fait, avons-nous dit, de deux manières : avec ou sans indication de personne. Dans le premier cas, qu'adviendra-t-il si celui chez qui l'élection est faite vient à mourir ? La partie au profit de laquelle l'élection a été faite en conserve-t-elle le bénéfice ? Dans les rapports de celui qui élit domicile avec celui chez qui le domicile est élu, il y a un mandat. Or, en général, le mandat s'éteint par la mort du mandataire (article 2003) ; d'où il faudrait conclure que l'élection cesse d'être efficace. Cependant, le seul article où l'hypothèse soit prévue est l'article 2156 *in fine*; or, d'après cet article, l'élection reste valable. C'est qu'en effet la question se résout par une distinction ; l'usage distingue selon que l'élection de domicile a été faite chez quelqu'un en considération de la personne ou en considération de la fonction qu'exerce la personne. Ainsi l'élection de domicile a été faite chez un avoué: elle tient nonobstant le décès du titulaire actuel de l'office, car l'élection est faite à l'étude plutôt que chez le titulaire et il n'importe pas alors que ce titulaire vienne à changer. Au contraire, l'élection de domicile a été faite chez un ami : elle ne tient pas, ou du moins elle ne vaut plus alors que comme élection sans indication de personne et n'est plus qu'attributive de compétence, sauf à la renouveler ailleurs dans le cas où elle est obligatoire de par la loi ou promise par la partie (article 1134). La partie au profit de laquelle l'élection est faite peut exiger l'exécution de cette convention comme de toutes autres.

TITRE IV

DE L'ABSENCE

174. L'absence est un événement accidentel qui modifie les conditions ordinaires d'exercice des droits. Elle n'est pas le seul. Déjà nous avons vu la condition habituelle et normale des personnes modifiée par l'effet des condamnations judiciaires (articles 22 et suivants) ; plus tard, nous la verrons modifiée en outre par l'interdiction, la nomination d'un conseil judiciaire, ou le placement dans un asile d'aliénés (articles 488 et suivants). Peut-être eût-il été préférable, procédant à une classification plus méthodique, de réunir ensemble, à la fin du livre I du Code civil, tous ces accidents possibles. Les rédacteurs du Code ne l'ont pas fait. De ces accidents possibles, l'un a été traité dès les premiers articles du Code : c'est l'effet des condamnations judiciaires ; d'autres sont rejetés à la fin du livre I ; l'absence a sa place dans le titre IV (articles 112 à 143), sans qu'il y ait d'ailleurs de bonnes raisons de lui avoir assigné cette place, car le lien qui rattache ce sujet à celui du titre précédent, au domicile, n'est qu'apparent.

Qu'est-ce en effet que l'absence, au sens juridique du mot? Deux articles du titre IV, les articles 115 et 135, fournissent les éléments d'une définition en quelque sorte légale. L'absence est l'état d'une personne qui a cessé de paraître à son domicile et à sa résidence, si cette dernière est distincte du domicile ; c'est une personne dont on n'a plus reçu de nouvelles, de sorte que son existence est incertaine et douteuse ; on ne peut affirmer qu'elle existe, mais il n'y a pas de preuve qu'elle soit morte. Ce qui constitue l'absence, c'est précisé-

ment l'incertitude d'existence: c'est l'état d'une personne qui a disparu et dont l'existence est incertaine.

En droit, par conséquent, le mot *absence* a un sens technique, qui n'est pas le sens usuel. Dans le langage courant, on qualifie d'absent, par rapport à un lieu déterminé, celui qui de fait en est éloigné ; on est absent de son domicile ou de sa résidence quand, de fait, on est ailleurs. Les personnes dans cette situation sont appelées quelquefois les *non-présents*[1] ou les *absents connus*[2], parce que, bien qu'ils ne soient pas là, il n'y a pas de doute sur leur existence. Des *absents connus* ou *non-présents*, la loi en général ne s'occupe pas. Rien ne s'oppose à ce qu'ils veillent eux-mêmes à leurs intérêts ; la loi n'a pas à intervenir. Elle s'en occupe cependant dans diverses dispositions, parmi lesquelles on peut citer l'article 840 du Code civil, les articles 909, 910 et 911 du Code de procédure et la loi du 6 brumaire an V (27 octobre 1796), contenant des mesures pour la conservation des propriétés des défenseurs de la patrie.

Dans le titre IV, l'absent n'est pas l'absent connu, le non-présent, c'est celui qui a disparu, avec cette circonstance essentielle qu'on ignore s'il existe ou s'il est décédé, qu'on n'a pas de ses nouvelles. Si cette incertitude anormale se prolonge au delà de l'époque où elle s'explique, il en résulte pour la personne un état particulier qu'on appelle l'absence, état dans lequel la vie et la mort sont également douteuses ; l'absent est celui qui a disparu sans qu'on sache ce qu'il est devenu, sans qu'on puisse prouver précisément ni qu'il existe, ni qu'il est mort.

C'est de cet état particulier et de ses conséquences que traite le Code dans les articles 112 et suivants. Nous ne prendrons de ce titre que les idées générales, uniquement pour tracer à grands traits le système des mesures que la loi prescrit ou permet en cas d'absence. Nous négligerons les détails, pour deux raisons.

175. D'abord parce que l'absence, au sens propre du mot, tend à être un fait rare et à le devenir de plus en plus, de sorte que le titre IV est peu pratique. En 1804, au sortir des grandes guerres de la Révolution, les absences furent au con-

1. L'expression est employée dans l'article 840 du Code civil.
2. L'expression est de Tronchet. Voy. Dalloz, *Répertoire*, V° *Absence*, n° 33.

traire fréquentes et le restèrent pendant le premier Empire; des milliers de français avaient disparu et continuaient de disparaître sans que leur décès fût constaté, sans qu'on eût dressé l'acte de décès, sans qu'on pût dès lors affirmer ni leur existence ni leur mort: autant de cas d'absence. De là l'importance que les auteurs du Code civil donnèrent à ce sujet et qui paraît exagérée de nos jours: ils obéissaient à une préoccupation qui était une conséquence du moment[1].

On aurait pu penser que l'extension croissante des relations internationales, en exposant davantage les hommes aux aventures, rendrait aux règles de l'absence leur importance pratique. Il n'en a rien été.

Cela tient d'abord à ce que la facilité avec laquelle on se déplace aujourd'hui a entraîné en même temps une grande régularité de communications et de correspondances; on obtient aussi facilement la preuve du décès d'un français mort aux antipodes que s'il fût mort en France; or il n'y a lieu d'appliquer les règles de l'absence que si la preuve du décès ne peut être faite. A l'heure actuelle, dans l'état des connaissances géographiques, avec la vapeur, le télégraphe et la presse, lorsqu'un homme est resté six mois, un an, deux ans au plus sans donner de ses nouvelles, on peut affirmer qu'il est mort. Il n'y a plus d'îles inconnues où se réfugient les Robinsons; il n'y a plus de villes avec lesquelles des communications régulières n'existent; à quoi bon suivre les règles de l'absence? N'est-ce pas une fiction que d'admettre une incertitude d'existence que tout dément? En cas de disparition, on se décidera le plus souvent à dresser l'acte de décès, ce qui écarte l'application des règles de l'absence; le décès, en effet, devient tellement probable, qu'on peut le tenir pour certain. Ainsi s'explique d'abord la jurisprudence signalée précédemment[2] à propos des actes de décès, d'après laquelle on dresse les actes de décès des marins disparus en mer. Ainsi s'expliquent aussi les dispositions de la loi du 18 juin 1893,

1. Il est vrai que le fléau de la guerre a reparu depuis et a ramené momentanément des cas d'absence; mais, d'une part la constatation des décès dans les armées en campagne se fait avec plus de régularité, d'autre part il y a des lois spéciales sur l'absence des militaires. Telle est la loi du 9 août 1871, relative aux personnes disparues par suite de faits de guerre du 19 juillet 1870 au 31 mai 1871. C'est pourquoi, même de ce chef, l'intérêt du titre IV du Code civil n'a pas été relevé.

2. *Suprà*, p. 194 et suiv.

qui a confirmé et étendu cette jurisprudence. Par suite, le nombre des cas d'absence doit diminuer.

D'autre part, nous avons signalé, à propos des articles 47 et 48 relatifs aux actes de l'état civil concernant les français à l'étranger, un service dont l'organisation est presque achevée, qui assurera l'échange international des actes de l'état civil intéressant les français et reçus à l'étranger[1]. Lorsque ce service fonctionnera complètement et régulièrement, les cas d'absence proprement dite se produiront de moins en moins.

De tout cela il résulte que les cas d'absence sont rares et, vu les mesures prises, ils le deviendront de plus en plus. C'est une première raison pour laquelle le titre IV n'a plus son importance pratique ancienne et pour laquelle on peut se contenter, sur cette matière, d'un aperçu général.

176. Il en existe une autre. L'absence, quand elle se produit, modifie la condition des personnes quant à l'exercice des droits qu'elles ont ou peuvent avoir ; elle agit différemment sur chacun d'eux ; il est donc plus opportun d'en étudier les effets au fur et à mesure qu'on étudie les divers droits. Ainsi l'absent était marié. Quel est l'effet de l'absence sur le mariage ? Nous le verrons plus opportunément en expliquant l'article 227, qui est relatif à la dissolution du mariage. Que deviennent les conventions matrimoniales ? Nous le verrons en expliquant, à propos du contrat de mariage, l'article 1441. Ainsi encore l'absent avait des enfants mineurs au moment de sa disparition. Quel est l'effet de l'absence en ce qui les concerne ? Est-ce une cause d'ouverture de la tutelle ? Nous le verrons en expliquant, au titre de la tutelle, l'article 390. Nous verrons au titre des successions (article 725) si l'absence les ouvre comme le décès et si l'absent peut recueillir celles qui s'ouvrent à son profit.

Bref, c'est à propos de chacun des droits que les effets de l'absence sont à prévoir. Le Code, lui, n'a pas suivi cette méthode ; il traite tous ces points dans le titre IV, si bien que, pour étudier ce titre dans son ensemble et dans ses détails, il serait nécessaire d'emprunter à la plupart des titres qui suivent les situations juridiques qu'ils prévoient ; afin de comprendre tous les effets de l'absence, il faudrait faire passer

1. *Suprà*, p. 202 et 203.

en quelque sorte tout le droit civil dans le titre IV. C'est ce que nous ne pouvons pas faire ; au contraire, nous ajournerons chacune des applications.

De sorte que, pour le moment, sauf à y revenir sous les titres suivants à propos des applications les plus importantes, il suffira de tracer le système général de la loi en matière d'absence, le système des mesures qu'elle prescrit ou permet de prendre.

177. L'absence expose et peut compromettre divers intérêts. D'abord ceux de l'absent lui-même ; en effet ses biens, s'il en a, vont être dans l'abandon, ses affaires exposées à péricliter, faute des soins nécessaires. En second lieu, les intérêts de ses créanciers, s'il en a, et de tous ceux qui sont en rapport d'affaires avec lui. A qui vont-ils pouvoir s'adresser ? D'ailleurs ils ont pour gage les biens de l'absent et par conséquent l'absence compromet leur gage. En troisième lieu, les intérêts de sa famille tout entière, de son conjoint s'il est marié, de ses enfants s'il en a, de ses héritiers présomptifs, intéressés à la conservation de sa fortune. Enfin l'intérêt public : puisque la richesse publique se compose de la richesse de tous, ce qui menace la fortune privée expose la fortune publique.

Il y a donc là, à des points de vue divers, une situation qui doit être réglée. La loi avise à protéger et à concilier les intérêts en présence, autant que faire se peut, au moyen de combinaisons de pur expédient. Il existe à cet égard deux législations parallèles, l'une et l'autre en vigueur : le titre IV du premier livre du Code, qui forme le droit commun, et quelques lois détachées qui forment un droit spécial, applicable à une classe de personnes plus particulièrement exposées aux hasards d'où peut résulter l'absence, les militaires et employés aux armées.

Résumons séparément ces deux législations.

CHAPITRE I

DROIT COMMUN.

178. Voici, dans ses traits généraux, le système du Code civil. Au début, c'est-à-dire quand l'incertitude d'existence vient de commencer, l'intérêt de l'absent est presque exclusivement pris en considération ; on avise à ce que ses affaires abandonnées ne périclitent pas trop. Plus tard, si l'incertitude se prolonge, on accorde une attention plus grande aux intérêts de la famille présente ; notamment on met les héritiers présomptifs en possession des biens. Plus tard enfin, quand il devient tout à fait vraisemblable que l'absent ne reparaîtra plus, on oublie presque l'absent lui-même pour ne plus se préoccuper que des intérêts que sa disparition peut compromettre ; les choses sont mises à peu près dans l'état où le décès prouvé les aurait mises et tout alors rentre dans l'ordre.

C'est là, au point de vue général, tout ce qu'on peut dire ; car il faut bien observer qu'à aucune époque la loi ne fait prédominer absolument ni la présomption de vie ni la présomption de mort ; elle considère toujours l'absent comme une personne dont l'existence et le décès sont douteux et incertains. Seulement les conséquences juridiques de l'absence vont s'accentuant avec le temps, à mesure que le temps s'écoule depuis la disparition, sans en apporter l'explication. Mais la situation suppose et implique toujours qu'il n'y a preuve acquise ni de la mort ni de la vie.

De là cette conséquence, qui est importante et reçoit de nombreuses applications : c'est à ceux qui invoquent un droit subordonné soit à l'existence, soit au décès, à faire la preuve du fait auquel leur droit est subordonné. Jusqu'à ce qu'ils aient fait cette preuve, ils sont non recevables à exciper du droit. Voici quelques applications de cette idée.

1° Les actes faits par la femme de l'absent, sans autorisa-

tion du mari ni de justice, peuvent être annulés conformément à l'article 225. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que la femme ait été veuve au moment où elle a fait l'acte et il faudrait, pour que la preuve de son veuvage existe, que l'on puisse établir le décès du mari : preuve impossible, par hypothèse. On ne peut pas, d'ailleurs, prouver davantage que le mari était vivant le jour où l'acte a été passé ; on ne peut rien prouver, par hypothèse, quant à l'existence ni quant au décès de l'absent : le défaut de preuve tient les droits en suspens.

2° Un droit éventuel s'ouvre au profit de l'absent. On nomme droits éventuels ceux dont l'acquisition est subordonnée à une preuve de vie ; tels sont : le droit de recueillir les arrérages d'une rente viagère, le droit de recueillir un legs (article 1039) ou une succession (article 725). Les ayants-cause de l'absent pourront-ils exercer le droit éventuel qui s'ouvre à son profit ? Evidemment non, puisqu'il n'y a preuve acquise ni de la mort ni de la vie de l'absent. L'article 135 le dit : « Quiconque réclamera un droit échu à un individu « dont l'existence ne sera pas reconnue devra prouver que « ledit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à « cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa de- « mande. » L'article 136 ajoute : « S'il s'ouvre une succes- « sion à laquelle soit appelé un individu dont l'existence « n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux « avec lesquels il aurait eu le droit de concourir ou à ceux qui « l'auraient recueillie à son défaut. » C'est une situation singulière et qui n'en est pas moins logique ; c'est l'effet d'une situation incorrecte qu'il faut prendre telle qu'elle est. Tout cela résulte de ce qu'il n'y a présomption ni de vie ni de mort, de ce qu'il y a absence, c'est-à-dire incertitude.

179. Déduisant de là des règles précises, la loi, pour graduer les mesures qu'elle permet ou prescrit, distingue, à partir du moment où l'incertitude commence, trois périodes qui se succèdent. Pendant la première, le doute sur la vie est faible ; l'absent est réputé plutôt vivant que mort, sans qu'il faille d'ailleurs prendre à la lettre le mot *réputé*, car il y a toujours et essentiellement incertitude sur l'existence. Cette période est celle de présomption d'absence ; elle amène l'envoi en possession provisoire. Le doute devient plus fort pendant la seconde période ; la probabilité de vie cesse de l'emporter sur

celle de mort : c'est la période de déclaration d'absence, la vraie absence. Enfin, le doute devient plus grand encore dans la troisième période ; l'absent est réputé plutôt mort que vivant et l'on procède à l'envoi en possession définitif. Ainsi les trois périodes sont les suivantes : présomption d'absence, déclaration d'absence, envoi en possession définitif ; les mesures prescrites ou permises varient dans ces trois périodes. Déterminons exactement pour chacune quand elle commence, quel est le caractère des mesures qu'elle comporte et quand elle prend fin[1].

SECTION I. — Période de présomption d'absence.

180. L'expression usitée pour désigner cette période est mal choisie. En effet, l'absence proprement dite, celle qui donne lieu à des mesures d'ensemble, ne commence qu'avec la seconde période, avec la déclaration d'absence ; mais cela n'empêche pas que, dès qu'il y a incertitude, il y a absence et non pas seulement présomption d'absence. L'expression est donc vicieuse, quoique consacrée. Tout ce qu'on peut dire pour l'expliquer, c'est que la présomption d'absence est la première période de l'absence, celle pendant laquelle la probabilité de vie l'emporte sur la probabilité de mort ; il y a absence, mais pas encore dans toute la force du terme.

I. *Quand commence cette période.*

181. L'absence est d'abord un état de fait ; elle commence avec l'incertitude. Il en résulte qu'elle peut exister longtemps avant qu'aucun acte judiciaire ne la constate ; il peut se faire qu'il n'en soit question judiciairement que quand il s'agira de passer à la déclaration d'absence. Le jour où il devient utile de la constater, on s'adresse pour cela au tribunal du domicile, ou, faute de domicile, à celui de la résidence. Le jugement qui constate l'absence remonte dans le passé et

1. Une des grandes difficultés du sujet provient de ce que la loi n'a qu'un mot, le mot *absent*, pour qualifier la personne dont l'existence est incertaine, sans que cette qualification annonce s'il s'agit de l'absent pendant la première, la seconde ou la troisième période. C'est ainsi par exemple que les articles 135 à 138 contiennent des règles applicables pendant les trois périodes de l'absence ; mais rien, dans les mots, ne le marque.

assigne pour point de départ à l'absence le jour où a commencé l'incertitude. Alors le point de départ de la période de présomption d'absence est, en fait, la disparition, les dernières nouvelles, ou plutôt le commencement du doute sur l'existence (articles 115, 120, 135 et 141). Il n'y a pas d'acte constatant l'ouverture de la période de présomption d'absence.

II. *Quelles mesures amène ou autorise l'état de présomption d'absence?*

182. L'idée générale a déjà été énoncée : la préoccupation des intérêts de l'absent l'emporte sur toute autre et domine. On avise à ce que l'abandon où les intérêts de l'absent se trouvent ne les compromette pas. Voilà tout. Il n'est pris, pour le moment, aucune mesure d'ensemble ; on pourvoit seulement au jour le jour aux nécessités du moment. Même, pour cela, la loi ne prescrit rien ; elle s'en remet aux juges du soin d'apprécier et d'ordonner ce qu'il convient de faire, s'il y a nécessité. On doit donc s'immiscer le moins possible dans le secret des affaires de l'absent et se borner à prendre des mesures simplement expectantes. La disparition est récente ; il faut des ménagements et de la discrétion ; on fera ce qui est indispensable et rien de plus. C'est à la justice d'apprécier et d'aviser. « S'il y a nécessité, dit l'article 112, de « pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens lais- « sés par une personne présumée absente et qui n'a point de « procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première « instance, sur la demande des parties intéressées. » L'article 114 ajoute : « Le ministère public est spécialement chargé « de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes et il « sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent[1]. »

183. L'article 112 ne dit pas expressément quel est le tribunal compétent pour statuer, mais les principes généraux commandent la solution : quand il s'agit d'immeubles, c'est le tribunal de la situation des immeubles, autrement c'est le tribunal du domicile de l'absent, ou, à défaut de domicile, celui de la dernière résidence connue. Le tribunal du domicile ou de la dernière résidence est mieux en mesure que tout autre de décider si l'existence de la personne est douteuse. C'est ce tribunal qui aura plus tard, le cas échéant, à statuer

1. Cfr. l'article 83, alinéa 7 C. proc. civ.

sur la demande de déclaration d'absence (article 115) ; c'est lui aussi qui a compétence pour constater s'il a été laissé un procureur fondé, s'il y a lieu de s'immiscer dans les affaires de l'absent. Mais ce tribunal, compétent pour décider s'il y a incertitude sur l'existence, a-t-il aussi compétence pour déterminer les mesures à prendre ? Oui, s'il s'agit de mesures générales, s'appliquant à l'ensemble de la fortune ; non, s'il s'agit de mesures spéciales concernant tel ou tel immeuble en particulier : le tribunal de la situation de l'immeuble est alors mieux placé pour apprécier quelles mesures doivent être prises.

Toutefois, les intéressés devront-ils, en ce cas, s'adresser directement au tribunal de la situation de l'immeuble ? Ce dernier ne peut ordonner aucune mesure avant que l'incertitude d'existence ait été constatée et il est moins bien placé pour la constater que le tribunal du domicile ou de la dernière résidence. Il faudra donc s'adresser au tribunal du domicile ou de la dernière résidence. Celui-ci ne rendra pas un jugement donnant ouverture à la période de présomption d'absence, car cette période ne commence pas par un acte judiciaire général qui lui serve de point de départ ; le tribunal saisi se bornera à constater que l'existence est incertaine, qu'il y a des mesures à prendre relativement à un immeuble, puis il donnera commission rogatoire au tribunal de la situation de l'immeuble pour arrêter le détail des mesures à prendre. L'incertitude d'existence sera ainsi constatée par le tribunal qui est le mieux placé pour la constater : celui du domicile ou de la dernière résidence ; les mesures à prendre relativement à l'immeuble seront arrêtées par le tribunal qui est le mieux placé pour les arrêter : celui de la situation de cet immeuble.

184. Le tribunal compétent statue, dit le texte, sur la demande des intéressés. Les personnes ainsi désignées sont celles qui ont un intérêt à la conservation du patrimoine de l'absent, ou bien des droits à faire valoir, lorsque l'absence apporte une gêne à l'exercice de ces droits, ou risque de les compromettre : copropriétaires, associés, créanciers, locataires, la famille entière, le conjoint, en un mot, tous ceux qui ont un intérêt actuel ou simplement éventuel, pourvu que ce soit un intérêt reconnu par la loi [1]. D'autre part, le ministère public

1. Les personnes qui ont des actions à exercer contre la personne présumée

peut aussi provoquer les mesures nécessaires. Il est vrai que la loi du 20 avril 1810 (article 46) limite son droit d'action sans prévoir formellement le cas d'absence présumée ; mais l'article 114 le charge de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes, ce qui implique le pouvoir de provoquer les mesures nécessaires, en même temps que le droit d'être entendu sur toutes les demandes concernant les personnes présumées absentes [1]. Le ministère public ayant le droit d'agir, les personnes auxquelles ce droit fait défaut ou est contesté par les interprètes ont au moins la ressource de s'adresser au Procureur de la République, pour lui demander de provoquer les mesures nécessaires [2].

185. Le tribunal ordonne ce qui est indispensable. Tantôt, s'il le juge utile, il charge une personne de l'administration en général des affaires de l'absent. D'autres fois, il se contente d'ordonner des mesures isolées, par exemple si la maison de l'absent a besoin de réparations urgentes, si les marchandises qu'il a en magasin dépérissent faute d'être vendues, ou bien s'il y a un procès à soutenir, un bail à renouveler, un paiement à faire ou à recevoir. C'est une question d'opportunité ; le choix des mesures est entièrement abandonné au tribunal. Lors de chaque mesure demandée, le tribunal a deux choses à vérifier : d'abord s'il est vrai qu'il y ait incertitude d'existence et par conséquent absence, ensuite si la mesure provoquée est vraiment nécessaire.

Les principes sont tels, mais ils comportent une double exception.

1° Si l'absent a laissé un procureur fondé, on estime qu'il a manifesté par là l'intention, la prévision d'être longtemps éloigné de son domicile ; il a pourvu lui-même à la protection de ses intérêts et il n'y a rien à faire. C'est au procureur fondé et à lui seul de pourvoir à ce qu'exige la situation ; la justice n'a pas à intervenir. L'article 112 le dit expressément [3].

absente l'assignent comme si elle était présente ; le ministère public est entendu (article 114). Cfr. l'article 134.

1. Aubry et Rau, I, p. 596. La jurisprudence est en ce sens. Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 114, n° 2.

2. Cette remarque enlève presque tout intérêt pratique aux difficultés doctrinales souvent élevées sur le point de savoir quelles sont les personnes qui peuvent provoquer les mesures nécessaires pendant la période de présomption d'absence.

3. La justice intervient, quoiqu'il ait été laissé un procureur fondé, lorsque ce procureur cesse ses fonctions ou meurt.

2° Dans deux cas la loi prescrit d'une façon plus impérative les mesures à prendre. C'est qu'il s'agit d'intérêts à l'égard desquels les mesures simplement expectantes ne se comprendraient pas.

Le premier cas est prévu par l'article 113 : « Le tribunal, « à la requête de la partie la plus diligente, commettra un « notaire pour représenter les présumés absents dans les in« ventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels « ils seront intéressés. » Ces comptes et liquidations peuvent se rapporter soit à une tutelle dont l'absent était chargé ou à une société dont il faisait partie, soit à une communauté dissoute antérieurement aux dernières nouvelles et non encore liquidée, soit à une succession ouverte avant que commence l'incertitude sur l'existence de l'absent et non encore liquidée ; dès que l'incertitude existe, aucune succession ne peut s'ouvrir utilement au profit de l'absent. La nécessité de faire intervenir un notaire commis se justifie par l'utilité d'une surveillance particulièrement étroite des opérations visées par le texte.

Le second cas est prévu par les articles 141 à 143, groupés dans le chapitre IV sous la rubrique suivante : *De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu.* Contentons-nous de renvoyer au texte, en observant qu'il parle de *surveillance* et non pas de *tutelle*, ce qui est conforme à des principes généraux dont l'exposé viendra plus tard.

III. *Combien de temps dure l'état de présomption d'absence ?*

186. Il prend fin de trois manières.

1° S'il survient une preuve de l'existence de l'absent. L'absent se représente ou donne de ses nouvelles ; il reprend alors sa situation antérieure, à charge de respecter les actes régulièrement faits en vertu des dispositions prises par la justice. De nouvelles mesures redeviendront possibles si l'incertitude recommence sur l'existence.

2° S'il survient une preuve du décès. On dresse alors l'acte de décès s'il ne l'a pas été ; la succession est ouverte à la date de la mort. Il n'y a plus absence, puisqu'il n'y a plus incertitude sur l'existence.

3° La présomption d'absence prend fin par l'ouverture de la période suivante, par la déclaration d'absence.

SECTION II. — Période de déclaration d'absence.

I. *Quand commence cette période?*

187. La probabilité de mort prend de la consistance et se fortifie ; les mesures protectrices vont avoir un caractère plus grave, plus décisif, sans être encore pour cela définitives. Aussi la loi veut qu'une constatation judiciaire précède ces mesures : c'est le jugement de déclaration d'absence.

Les articles 115 et 121 indiquent à quelle époque peut être introduite la demande de déclaration. « Lorsqu'une personne, « dit l'article 115, aura cessé de paraître au lieu de son domi- « cile ou de sa résidence et que depuis quatre ans on n'en aura « point eu de nouvelles, les parties intéressées pourront se « pourvoir devant le tribunal de première instance, afin que « l'absence soit déclarée. » L'article 121 dit à son tour : « Si « l'absent a laissé une procuration, ses héritiers présomptifs « ne pourront poursuivre la déclaration d'absence et l'envoi « en possession provisoire qu'après dix années révolues de- « puis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles[1]. »

Qu'une procuration ait été laissée ou non, la déclaration d'absence peut être provoquée par les parties intéressées, d'après l'article 115, par les héritiers présomptifs, d'après l'article 121. La formule exacte est la formule générale de l'article 115. Les intéressés, ce sont toutes les personnes qui ont des droits subordonnés au décès ; cela comprend d'abord toutes les personnes qui peuvent provoquer les mesures nécessaires pendant la période de présomption d'absence, ensuite les héritiers, les légataires[2], les nus propriétaires d'un

1. La déclaration d'absence peut être demandée après l'expiration des dix années, sans qu'il y ait à distinguer suivant que le procureur a été établi pour une période supérieure ou inférieure à dix ans.

2. On comprend mal au premier abord que les légataires puissent être admis à provoquer la déclaration d'absence comme ayant des droits subordonnés au décès. En effet, les droits qu'ils ont résultent du testament et l'ouverture du testament n'a lieu que par l'effet de l'envoi en possession provisoire, lequel est lui-même un effet de la déclaration d'absence ; on ne saurait ouvrir le testament par avance sous prétexte de constater l'intérêt d'un prétendu légataire. Toutefois il faut remarquer que les testaments ne sont pas toujours secrets ; il n'est pas sans exemple que le testateur remette son testament au légataire lui-même. Dans ce cas, le légataire peut, dès avant la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire, justifier d'un droit dont l'exercice est subordonné au décès. Ainsi s'explique le droit qu'il a de provoquer la déclaration d'absence.

bien dont l'usufruit appartient à l'absent. Le ministère public n'a pas qualité pour provoquer la déclaration d'absence, car il ne s'agit pas d'une mesure commandée par l'intérêt de l'absent et l'article 114 ne donne droit d'agir au ministère public que pour la sauvegarde des intérêts des personnes présumées absentes.

Les formes de la demande sont indiquées par l'article 860 du Code de procédure et par les articles 115 à 120 du Code civil. La demande est introduite par voie de requête adressée au président du tribunal (article 860 C. proc.). Elle est suivie d'une enquête, prescrite par l'article 116 : « Pour constater l'absence, le tribunal, d'après les pièces et documents « produits, ordonnera qu'une enquête soit faite contradictoi- « rement avec le procureur du Roi, dans l'arrondissement du « domicile et dans celui de la résidence s'ils sont distincts « l'un de l'autre. » Si l'enquête doit être faite contradictoirement avec le procureur de la République, c'est par application de l'article 114 qui charge le ministère public de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes ; la déclaration d'absence entraîne des mesures qui sont graves pour l'absent, qu'il vaudrait mieux pour lui ne pas voir prendre et alors le procureur de la République joue le rôle de contradicteur légitime à la demande.

Le jugement qui ordonne l'enquête est adressé au ministre de la justice par les soins du procureur de la République et le ministre prend des mesures pour rendre public ce jugement (article 118). La publicité a pour but d'informerl'absent, si cela est possible, que la déclaration d'absence est imminente. Pour qu'il ait tout le temps d'être touché par cette publicité, l'article 119 exige que le jugement de déclaration d'absence ne soit rendu qu'un an après le jugement qui a ordonné l'enquête. Comme la demande de déclaration ne peut être introduite que quatre ou dix ans après les dernières nouvelles, comme d'autre part un délai s'écoule nécessairement entre la demande et le jugement qui ordonne l'enquête, comme enfin le jugement qui prononce la déclaration ne peut être rendu qu'un an après le jugement préparatoire, la déclaration d'absence intervient nécessairement plus de cinq ans ou plus de onze après les dernières nouvelles.

L'article 117 invite les tribunaux à prendre en considération toutes les causes qui peuvent expliquer la disparition et

empêcher par conséquent la déclaration : « Le tribunal, en « statuant sur la demande, aura d'ailleurs égard aux motifs « de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des « nouvelles de l'individu présumé absent. » Enfin l'article 118 prend une dernière précaution en faveur de l'absent ; il prescrit que le jugement déclaratif d'absence soit rendu public et porté de la sorte, si cela est possible, à la connaissance de l'intéressé.

En résumé, à la différence de la première période, la seconde, celle de la déclaration d'absence, a un commencement fixe ; elle a pour point de départ un acte précis, un jugement de déclaration d'absence.

II. *Quelles sont les suites de la déclaration d'absence?*

188. L'absence déclarée constitue la véritable absence. Jusque-là, il y a eu moins absence que présomption d'absence, pour employer le langage du Code civil. Les effets qu'elle entraîne diffèrent sous deux rapports de ceux de l'absence présumée.

a) La loi se préoccupe désormais davantage de l'intérêt des présents ; elle s'en préoccupe même exclusivement.

b) Pendant la présomption d'absence, on procède par mesures isolées, prises au jour le jour, quand il y a nécessité et dans la mesure de la nécessité. Ici, au contraire, la loi prescrit pour les biens de l'absent un régime d'ensemble ; on ne procède plus par mesures de détail ordonnées au fur et à mesure qu'elles deviennent nécessaires. La règle est celle-ci : on fait provisoirement tout ce qu'on ferait définitivement si le décès était prouvé.

De là découlent les conséquences suivantes.

1° Si le décès était prouvé, la succession serait ouverte (article 718). En cas d'absence déclarée, les héritiers appréhendent la succession ; ils sont mis en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour des dernières nouvelles (article 120). Les héritiers qui obtiennent ainsi l'envoi en possession sont ceux qui possédaient ce titre et venaient en ordre utile au moment des dernières nouvelles (article 120). Un corollaire intéressant de cette règle est énoncé par l'article 40 de la loi de finances du 28 avril 1816 : « Les héritiers, « légataires et tous autres appelés à exercer des droits subor-

« donnés au décès d'un individu dont l'absence est décla-
« rée, sont tenus de faire, dans les six mois du jour de l'envoi
« en possession provisoire, la déclaration à laquelle ils
« seraient tenus s'ils étaient appelés par effet de la mort et
« d'acquitter les droits sur la valeur entière des biens ou
« droits qu'ils recueillent. En cas de retour de l'absent, les
« droits payés seront restitués, sous la seule déduction de
« celui auquel aura donné lieu la jouissance des héritiers.
« Ceux qui ont obtenu cet envoi jusqu'à ce jour, sans avoir
« acquitté les droits de succession, jouiront d'un délai de six
« mois, à compter de la publication de la présente loi, pour
« faire leur déclaration et payer les droits, sans être assu-
« jettis à l'amende. »

2o Si le décès était prouvé, le testament serait ouvert. En cas d'absence déclarée, l'article 123 décide ce qui suit : « Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en « possession provisoire, le testament, s'il en existe un, sera « ouvert à la réquisition des parties intéressées ou du pro- « cureur du roi près le tribunal ; et les légataires pourront « exercer leurs droits provisoirement. »

3o Si le décès était prouvé, les droits viagers appartenant à l'absent seraient éteints ; le débiteur d'une rente viagère due à l'absent serait libéré, le nu propriétaire d'un bien dont l'usufruit appartient à l'absent recouvrerait la pleine propriété. En cas d'absence déclarée, dit l'article 323, « tous « ceux qui avaient sur les biens de l'absent des droits subor- « donnés à la condition de son décès pourront les exercer « provisoirement ».

189. En résumé, les choses sont mises provisoirement dans l'état où elles seraient définitivement en cas de mort. L'article 125 marque nettement le caractère provisoire des mesures qui sont prises dans ce but : « La possession provisoire « ne sera qu'un dépôt, qui donnera à ceux qui l'obtiendront « l'administration des biens de l'absent et qui les rendra « comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait « de ses nouvelles. » Les envoyés en possession sont donc les administrateurs du patrimoine de l'absent ; ils le représentent en justice et sont ses mandataires légaux pour tous les droits concernant le patrimoine. Mais ils sont de simples administrateurs et c'est pourquoi l'article 128 leur dénie le pouvoir d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles de l'absent.

De plus, comme ils sont tenus de rendre compte et de restituer les biens en cas de retour de l'absent, l'article 126 leur impose l'obligation de faire procéder à l'inventaire du mobilier ; le même article les autorise à faire procéder à la rédaction d'un état des immeubles, le tout pour servir de base aux comptes qui pourront intervenir plus tard. « Ceux qui auront « obtenu l'envoi provisoire... devront faire procéder à l'in- « ventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence « du procureur du roi près le tribunal de première instance « ou d'un juge de paix requis par le procureur..... Ils pour- « ront requérir pour leur sûreté qu'il soit procédé, par un « expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles, à « l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera homologué « en présence du procureur du roi ; les frais en seront pris « sur les biens de l'absent. » Enfin deux autres précautions sont prises par le Code comme garantie d'une bonne administration et d'une fidèle restitution. D'une part, les envoyés en possession sont tenus de fournir caution (articles 120 et 123) ; d'autre part l'article 126 contient la disposition suivante : « Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout « ou partie du mobilier. Dans le cas de vente, il sera fait em- « ploi du prix, ainsi que des fruits échus. »

190. Ces mesures sont graves assurément, mais elles se justifient par deux considérations. Les héritiers présomptifs sont dans l'attente légitime des biens de leur parent absent ; ils ne doivent pas être frustrés par suite de l'impossibilité où ils sont d'établir le décès, lequel est fort probable d'ailleurs, puisque la disparition s'est prolongée cinq ou onze ans suivant les cas. Aussi on les met en possession. D'autre part, l'absent ne doit pas être privé de ses biens par cela seul qu'il est absent. Son éloignement et son silence peuvent provenir d'un accident ; en tout cas ils n'ont rien d'illicite. Aussi on lui garantit la restitution au moyen d'une caution.

191. Telle est la règle générale, applicable tant qu'il n'y est pas fait exception. Deux exceptions notamment doivent être signalées.

La première concerne le mariage. Si on appliquait la règle générale, le mariage devrait être dissous, mais provisoirement. Or l'idée du provisoire est incompatible avec l'état de mariage. D'où cette conséquence que le conjoint présent de l'absent ne peut pas contracter une nouvelle union.

C'est la solution qu'impose l'article 147 : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. » Pour que le conjoint de l'absent pût se remarier, il lui faudrait apporter la preuve que le premier mariage est dissous, c'est-à-dire que l'absent est mort ; or cette preuve est impossible par hypothèse, puisque l'absence suppose l'incertitude sur l'existence de l'absent [1].

La seconde exception concerne les conventions matrimoniales, au moins dans un cas : lorsque les époux sont mariés sous le régime de communauté. La règle générale reçoit application dans tous les autres cas, c'est-à-dire dans les régimes exclusifs de communauté : régime de séparation de biens, régime dotal, régime sans communauté ; on procède à une liquidation provisoire des intérêts pécuniaires des époux. Quand il y a communauté, les rapports d'intérêts sont plus étroits et un droit spécial est conféré à l'époux présent par l'article 124 : « L'époux commun en biens, s'il opte pour « la continuation de la communauté, pourra empêcher l'en- « voi provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits « subordonnés à la condition du décès de l'absent, et pren- « dre ou conserver par préférence l'administration des biens « de l'absent. Si l'époux demande la dissolution provisoire « de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses « droits légaux et conventionnels, à la charge de donner « caution pour les choses susceptibles de restitution. La « femme, en optant pour la continuation de la communauté, « conservera le droit d'y renoncer ensuite. » Les difficultés abondent sur ce texte, dont l'étude a sa place naturelle dans la matière du contrat de mariage et des conventions matrimoniales.

III. *Jusqu'à quand dure la période d'absence déclarée?*

192. Le jugement déclaratif d'absence tombe de plein droit :

1° Si la preuve de l'existence est acquise. « Si l'absent

1. La règle d'après laquelle l'absence ne dissout pas le mariage n'est pas applicable seulement dans la période de déclaration d'absence ; elle l'est aussi dans la période de présomption d'absence et dans celle de l'envoi définitif en possession. La règle est applicable tant que dure l'incertitude sur l'existence et cette incertitude est précisément ce qui constitue l'absence à toutes les périodes.

« reparaît, dit l'article 131, ou si son existence est prouvée « pendant l'envoi provisoire, les effets du jugement qui aura « déclaré l'absence cesseront... » Les choses alors seront remises en l'état et les envoyés en possession rendront compte de leur administration. Cependant, l'article 127 les autorise à conserver une portion des fruits, pour les indemniser des peines de l'administration : « Ceux qui, par suite de l'envoi « provisoire, ...auront joui des biens de l'absent, ne seront « tenus de lui rendre que le cinquième des revenus, s'il re- « paraît avant quinze ans révolus depuis le jour de sa dis- « parition, et le dixième s'il ne reparaît qu'après les quinze « ans. Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur « appartiendra. »

Ici apparaît très net le caractère des mesures prises pendant la période de déclaration d'absence : ce sont des mesures d'expédient. La preuve de l'existence étant acquise, on revient au point de départ, sauf à recourir de nouveau aux règles de la présomption d'absence si l'incertitude recommence plus tard. Même il peut arriver qu'il y ait lieu de recourir immédiatement à ces mesures. Elles sont sans objet quand la preuve de l'existence résulte du retour de l'ex-absent ; mais il en est autrement lorsque la preuve résulte simplement de nouvelles qu'on a reçues ; sans doute alors la déclaration d'absence est anéantie, mais comme l'existence actuelle de l'absent n'est pas également certaine, on se trouve replacé dans la première période de l'absence. C'est ce que dit la dernière phrase de l'article 131 : «... Les effets du juge- « ment qui aura déclaré l'absence cesseront, sans préjudice, « s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au cha- « pitre I du présent titre, pour l'administration de ses « biens. »

2° Si la preuve du décès est acquise. « La succession de « l'absent, dit l'article 130, sera ouverte du jour de son décès « prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette épo- « que ; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent seront « tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux « acquis en vertu de l'article 127. » En d'autres termes, la preuve du décès étant acquise, la déclaration d'absence tombe et on rentre dans le droit commun : la succession de l'ex-absent est dévolue à ses héritiers. Si les héritiers venant en ordre utile à la date du décès ne sont pas les mêmes qui

venaient en ordre utile lors des dernières nouvelles et qui ont été envoyés en possession provisoire, ils agiront en pétition d'hérédité contre les envoyés en possession provisoire.

3° A défaut de preuve de l'existence ou du décès, la période de présomption d'absence prend fin par la survenance de la période suivante, celle de l'envoi définitif en possession.

SECTION III. — Période de l'envoi définitif en possession.

193. « Si l'absence, dit l'article 129, a continué pendant « trente ans depuis l'envoi provisoire,.... ou s'il s'est écoulé « cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, les cautions « seront déchargées ; tous les ayants droit pourront demander « le partage des biens de l'absent et faire prononcer l'envoi « en possession définitif par le tribunal de première instance. »

L'idée fondamentale qui se dégage de ce texte est que la période de l'envoi définitif en possession s'ouvre par une nouvelle décision judiciaire. Des trois périodes de l'absence, la première seule est un état de fait ; les deux suivantes sont judiciairement ouvertes. L'envoi définitif se produit de lui-même, comme un développement de l'envoi provisoire, par la seule expiration d'un délai de trente ans depuis l'envoi provisoire ou de cent ans depuis la naissance de l'absent ; encore faut-il que cet envoi définitif soit prononcé par justice, car il importe que la justice vérifie que les délais légaux sont vraiment expirés [1].

Les mesures d'ensemble prises après la déclaration d'absence n'ont eu d'abord qu'un caractère provisoire. Si trente ans s'écoulent, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, la probabilité de mort se fortifie au point de devenir presque une certitude. Il n'y a cependant pas preuve acquise que l'absent soit mort, de sorte que certains ménagements doivent être gardés et sont pris ; cependant les mesures deviennent tout à fait radicales. Alors commence un état de choses qui durera un temps indéfini et dont voici les traits essentiels.

1. Dans l'usage, le tribunal saisi d'une demande d'envoi en possession définitif observe les mêmes formes et délais qui sont prescrits pour parvenir à la déclaration d'absence : enquête de l'article 116, délai d'un an entre le jugement qui ordonne l'enquête et celui qui prononce l'envoi, publicité. Voy. *suprà*, p. 277 et 278.

194. La considération de l'intérêt des personnes présentes devient tout à fait prédominante. Elles ne sont pas encore investies de la propriété définitive des biens de l'absent ; ce n'est encore qu'un envoi en possession, ou du moins une propriété révocable, mais cet envoi en possession confère des droits bien plus étendus que l'envoi provisoire. L'intérêt général exige que l'état provisoire de la fortune laissée par l'absent ne soit pas éternel. L'état de choses créé par l'envoi en possession provisoire est donc confirmé et transformé en envoi définitif.

Ce n'est pas encore une mesure irrévocable, car elle prend fin si l'absent revient, ce qui est peu probable, et à quelque époque qu'il revienne. « Si l'absent reparaît, dit l'article 132, « ou si son existence est prouvée, même après l'envoi défini- « tif, il recouvrera ses biens... » D'autre part, les enfants, à supposer qu'il en ait eu là où il s'était réfugié, peuvent réclamer la restitution des mêmes biens dans les conditions prévues par l'article 133 : « Les enfants et descendants directs de l'ab- « sent pourront également, dans les trente ans à compter de « l'envoi définitif, demander la restitution de ses biens.... » Mais, que la réclamation soit faite par l'absent lui-même ou par ses enfants, les biens ne sont recouvrés que dans l'état où ils se trouvent. L'absent recouvrera ses biens, dit l'article 132, « dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui « auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui « aurait été fait du prix de ses biens aliénés ». Les enfants, dit l'article 133, pourront demander la restitution des biens « comme il est dit en l'article précédent ». La règle est importante et distingue profondément l'envoi définitif de l'envoi provisoire. Lorsqu'en effet l'absent reparaît pendant la période d'envoi provisoire, les envoyés doivent rendre compte de leur administration ; ils doivent restituer non seulement les biens mais les fruits, sous la seule réserve du prélèvement autorisé par l'article 127.

L'envoi définitif n'est donc pas une mesure irrévocable, mais c'est une mesure définitive. Elle l'est d'abord en ce sens que les envoyés peuvent aliéner irrévocablement les biens, puis en ce sens que les précautions prises jusque-là sont mises de côté : « les cautions sont déchargées », dit l'article 129. La situation équivaut donc, en somme, à celle que produirait le décès. La femme de l'absent ne conserve pas le

droit spécial qui lui est conféré par l'article 124. La seule différence qui sépare la situation créée par l'envoi définitif de celle que créerait la mort consiste en ce que le mariage de l'absent n'est pas dissous (articles 139 et 147) ; de même que l'envoi provisoire, l'envoi définitif n'est ni une cause de dissolution du mariage ni même une cause de divorce.

195. L'envoi définitif en possession prend fin de deux manières.

1° Si la preuve de l'existence est acquise (article 132). Le jugement qui avait ordonné l'envoi définitif tombe, sauf à recourir de nouveau aux règles de la présomption d'absence si l'incertitude recommence plus tard.

2° Si la preuve du décès est acquise (article 130). La succession de l'ex-absent est alors dévolue à ses héritiers et c'est au jour du décès qu'il faut se placer pour savoir quels sont ceux qui viennent en ordre utile. Si ces héritiers ne sont pas les mêmes qui ont été envoyés en possession définitive, par suite de modifications survenues dans la composition de la famille, ils agiront en pétition d'hérédité contre les envoyés en possession.

Hors ces deux cas, l'envoi définitif crée une situation qui aura une durée indéfinie et que la force seule du temps transformera en situation vraiment définitive. Le souvenir de l'absent s'effacera peu à peu ; la situation se consolidera en sens inverse et il ne restera de tout cela qu'un incident qui aura momentanément porté le trouble dans une situation.

196. Ainsi a été établi le système de l'absence. Il consiste dans la succession de trois périodes qui suivent la disparition et les dernières nouvelles et dont chacune amène des mesures différentes. En dehors des règles générales qui viennent d'être énoncées, maintes difficultés d'application s'élèvent, qui seront étudiées aux titres du mariage, de la tutelle, des successions, du contrat de mariage. Pour le moment, nous n'avons à connaître que les notions les plus générales, la charpente du sujet en quelque sorte.

CHAPITRE II

DROIT SPÉCIAL AUX MILITAIRES.

197. Les pages qui précèdent contiennent l'analyse des textes du Code civil relatifs à l'absence. Nous avons dit dès le début qu'à côté et en outre des règles du Code civil, qui forment le droit commun en cette matière, il existe des règles spéciales qui y dérogent en quelques points et forment un droit d'exception. Elles ont trait à l'absence des militaires et des personnes attachées au service des armées. Quelques brèves explications sont nécessaires sur ce point.

C'est surtout à la suite des guerres que les cas d'absence se produisent. Les hasards de la vie des camps exposent davantage aux disparitions inexpliquées. Des soldats qui sont portés comme disparus, les uns sont morts sans que leur identité ait été constatée et l'acte de décès dressé, les autres, arrêtés par la maladie ou par toute autre cause, se fixent ensuite là où ils ont été recueillis, d'autres enfin sont des déserteurs et se fixent soit à l'étranger, soit en France loin de leur domicile. Ce sont autant de cas d'absence.

Le système du Code civil quant aux suites de l'absence n'est plus alors pleinement applicable. D'une part, les formalités nombreuses qu'il prescrit, l'incertitude prolongée qu'il maintient se comprennent quand il s'agit de cas isolés, mais seraient une complication trop grande quand les cas d'absence s'accumulent nombreux à la fois. D'autre part, soit à raison de l'abréviation des formalités, soit à raison de l'intérêt plus particulier que les circonstances inspirent, il y a lieu de veiller plus scrupuleusement à l'intérêt des personnes disparues. De là quelques règles spéciales écrites en vue de ces cas. A la suite de toutes les grandes commotions internationales, il en a été porté. Elles sont de deux sortes. Les unes sont des règles de forme ; elles ont trait aux formalités à remplir pour constater l'absence et arriver à la déclaration. Les

autres sont des règles de fond ; elles ont trait aux effets mêmes et aux suites de l'absence. Nous laisserons de côté celles qui sont contenues dans des lois de circonstance et transitoires, rendues en vue et par suite d'événements déterminés[1], pour signaler seulement celles qui sont encore actuellement en vigueur ; elles résultent de quatre lois[2].

198. La première est la loi du 13 janvier 1817, sur le moyen de constater le sort des militaires absents. D'après l'article 1, cette loi ne devait s'appliquer qu'aux militaires et marins disparus, sans que leur décès ait été constaté, du 21 avril 1792 au 20 novembre 1815. Ces deux dates sont celles du commencement et de la fin des grandes guerres de la Révolution et de l'Empire : la déclaration de guerre eut lieu à la suite du manifeste de Brunswick, la signature de la paix à la suite de Waterloo. Dans ces limites, la loi de 1817 est toujours applicable aux personnes disparues à cette époque, s'il y a intérêt à constater leur absence, ce qui devient de plus en plus rare.

199. Une loi plus récente, du 9 août 1871, a donné une importance nouvelle à la loi de 1817 en la déclarant applicable aux personnes disparues par suite de faits de guerre du 19 juillet 1870 au 31 mai 1871. Ces deux dates sont celles du commencement et de la fin du drame de 1870-71. L'article 1 est ainsi conçu : « Les dispositions de la loi du 13 janvier 1817 sont « remises en vigueur pour constater judiciairement le sort « des français ayant appartenu aux armées de terre et de « mer, à la garde nationale mobile ou mobilisée, à un corps « reconnu par le ministère de la guerre, qui ont disparu « depuis le 19 juillet 1870 jusqu'au traité de paix du 31 mai « 1871. » C'est l'application pure et simple de la loi de 1817 à un cas nouveau. Mais le législateur de 1871 ajoute : « Les « mêmes dispositions *pourront* être appliquées par les tribu- « naux à tous autres français qui auraient disparu dans le « même temps, par suite de faits de guerre. » C'est là une disposition nouvelle ; la loi de 1817 était exclusivement spé-

1. Ainsi, pour les militaires et marins s'étant trouvés en activité de service du 21 avril 1792 au 20 novembre 1815, voy. les lois du 6 brumaire an V et du 21 décembre 1814, ainsi que l'ordonnance du 3 juillet 1816.

2. Avant d'énumérer ces lois, il est bon de rappeler qu'elles visent des cas dans lesquels la constatation du décès est facilitée par les articles 88 et suiv. du Code civil, modifiés en 1893. La preuve du décès exclut, bien entendu, l'application des lois qui vont être citées ; elles ne sont applicables que si l'acte de décès n'a pas été dressé.

ciale aux militaires et aux personnes attachées au service des armées ; plus large, celle de 1871 est applicable à tous les français ayant disparu par suite de faits de guerre ; seulement l'application est discrétionnaire.

Nous ne saurions entrer dans le détail de cette loi qui forme un droit spécial ; il suffit de signaler les dispositions les plus importantes. La plupart sont relatives aux formalités à remplir pour faire déclarer l'absence ; elles sont plus simples, plus expéditives que celles du Code civil. C'est ainsi notamment que l'absence, aux termes de l'article 4, peut être déclarée deux ans ou quatre ans après les dernières nouvelles, suivant les cas. C'est une dérogation au droit commun des articles 115, 119 et 121, qui n'admettent la déclaration d'absence que deux ou onze ans après les dernières nouvelles. Si le législateur de 1817 se contente d'un délai moindre, c'est que la mort est rendue probable par ce fait que la disparition a eu lieu en temps de guerre[1].

200. Les lois de 1817 et 1871 sont les deux premières des quatre lois annoncées relativement à l'absence des militaires. Les deux autres lois sont d'une pratique moins fréquente peut-être, mais elles ont une portée plus grande quand il y a lieu de les appliquer. L'une et l'autre sont antérieures au Code civil ; mais, comme ce sont des lois spéciales, elles n'ont pas été abrogées par lui et ne l'ont pas été davantage depuis 1804 : elles sont encore regardées comme en vigueur. Ce sont celles des 11 ventôse an II (1er mars 1794) et 16 fructidor an II (2 septembre 1794). Elles concernent les successions qui viendraient à s'ouvrir au profit de défenseurs de la patrie depuis leur disparition, hypothèse prévue par les articles 135 et 136 du Code civil.

Les deux lois citées, non abrogées par le Code civil, rendent inapplicables les articles 135 et 136 du Code. D'après le droit commun, tel qu'il résulte de ces deux articles, toute succession ouverte, à laquelle est appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, est dévolue exclusivement à ceux avec lesquels cet individu aurait eu le droit de concourir ou à ceux qui auraient recueilli la succession à son défaut, sauf à revenir plus tard sur la liquidation faite, s'il y

1. Les articles 1 et 5 de la loi de 1817 autorisent formellement les intéressés non seulement à faire déclarer l'absence, mais à faire constater judiciairement le décès lorsque celui-ci n'est pas établi par un acte en forme. Les dispositions de ces deux articles ont disparu depuis la mise en vigueur des nouveaux articles 88 et suivants du Code civil (rédaction de 1893).

a lieu. Or les deux actes de l'an II ne permettent pas aux héritiers présents d'exclure les défenseurs absents de la patrie sous prétexte de l'incertitude de leur existence ; leur part est faite et mise en réserve jusqu'à nouvel ordre. Quand une succession s'ouvre, dans laquelle un défenseur de la patrie a des droits à prétendre, le juge de paix doit en donner avis au ministre de la guerre ; un mois après, si le militaire ne se fait pas représenter, un conseil de famille est convoqué et nomme un curateur qui prend en mains les intérêts de l'absent, suit la liquidation et administre au nom de l'absent les biens mis dans son lot.

Ces règles sont applicables aux successions ouvertes pendant la période de présomption d'absence. Une fois la déclaration d'absence intervenue, le droit commun des articles 135 et 136 redevient applicable ; l'absence produit tous les effets qui y sont attachés par le Code. Il n'y est dérogé que pendant la période provisoire, celle qu'on appelle, depuis le Code civil, la présomption d'absence. Ce n'est pas dit dans la loi ; mais, comme la loi de 1817 permet de déclarer l'absence et comme il n'est dit nulle part que la déclaration, prononcée dans les conditions prévues par la loi de 1817, ne produit pas tous les effets indiqués par le Code, on en conclut que les deux actes de l'an II ont en définitive pour effet de suspendre l'application des articles 135 et 136 au profit des militaires qui ont disparu, c'est-à-dire qui sont en état d'absence présumée ; rien n'indique qu'il faille étendre l'effet des actes de l'an II aux militaires dont l'absence a été régulièrement déclarée.

En résumé, les dispositions du Code sur l'absence et ses suites s'appliquent seulement aux biens que possédait le militaire absent au jour de son départ et aux successions ouvertes avant son départ et non encore liquidées. Les successions ouvertes à son profit depuis son départ doivent être mises en réserve. L'absence des militaires doit être déclarée d'après les règles du Code, sauf pour ceux auxquels s'appliquent les lois de 1817 et de 1871.

201. Tel est le droit spécial en matière d'absence et nous arrêtons là les développements relatifs à l'absence. Nous avons, en effet, annoncé le dessein de n'exposer pour le moment que les règles générales ; les applications seront examinées plus tard à propos du mariage, de la tutelle, des successions, du contrat de mariage.

TITRE V

DU MARIAGE

202. Avec le titre V (articles 144 à 228), nous allons entrer dans un nouvel ordre de faits et d'idées. Il sera encore question des personnes, puisqu'elles sont l'objet de tout le livre I du Code civil. Jusqu'ici, nous les avons envisagées comme individus isolés : c'est l'individu, comme tel, qui est français ou étranger, qui jouit ou est privé de ses droits civils, qui a un état civil et un domicile, dont l'existence est certaine ou qui est absent. Les quatre premiers titres du livre I forment le droit de l'individu ; ils sont relatifs aux éléments constitutifs de l'individualité dans la cité et dans l'Etat. Désormais, nous allons envisager les personnes non plus comme individus, mais comme membres d'une famille, au point de vue des rapports de famille, des droits et des obligations qui en découlent. Les titres V à X du livre I forment le droit de famille, sont relatifs aux éléments constitutifs de la famille. Le titre V est relatif au mariage, le titre VI, qui n'est que l'annexe et la suite du précédent, s'occupe du divorce, le titre VII de la filiation, le titre VIII de l'adoption : c'est la constitution, l'établissement des rapports de famille. Vient ensuite le titre IX, qui traite de la puissance paternelle, le titre X de la tutelle, dont il faut rapprocher la portion du titre V (articles 212 et suivants) relative à l'autorité maritale : c'est l'organisation de l'autorité dans la famille. L'ensemble forme le droit de famille.

Le centre du sujet, c'est le titre VII, qui traite de la filiation, c'est-à-dire du rapport qui rattache l'enfant à ses père et mère (paternité, maternité) et, par l'intermédiaire des père

et mère, aux parents de ceux-ci. Ce rapport, effet de la filiation, constitue la parenté. La famille, au sens légal du mot, est le groupe des personnes unies par un rapport de parenté, c'est-à-dire qui descendent les unes des autres (parenté directe), ou qui, sans descendre les unes des autres, remontent à un auteur commun (parenté collatérale). Ces distinctions sont faites et les procédés usités pour le calcul des degrés de parenté sont indiqués à propos d'un des droits de famille les plus notables, le droit de succession, dans les articles 735 à 738.

La parenté ainsi entendue, c'est-à-dire le rapport qu'établit la filiation, est l'origine et la cause des droits et des obligations de famille. Elle est de deux sortes, comme la filiation qui la crée, dont elle est la suite. Si les père et mère sont unis par le mariage, la filiation est dite légitime ; la parenté qui en résulte est dite elle-même légitime. Si les père et mère ne sont pas mariés, la filiation, qui se produit hors mariage, est dite naturelle ; la parenté qui en résulte est dite elle-même naturelle. C'est au détail de ces distinctions qu'est consacré le titre VII du livre I, intitulé *De la paternité et de la filiation*.

Or, à tous égards, qu'il s'agisse des manières admises de prouver la filiation et par suite la parenté, qu'il s'agisse de l'étendue des rapports de parenté, qu'il s'agisse enfin des effets civils de la parenté, c'est-à-dire des droits et obligations qui en résultent, à tous égards, la parenté légitime, dans notre droit, est traitée autrement que la parenté naturelle. L'opposition se retrouve partout dans le droit de famille et c'est une question de grande importance morale et sociale que de savoir sur quoi repose cette opposition et dans quelle mesure les différences traditionnelles aujourd'hui maintenues sont rationnelles et équitables.

On comprend alors pourquoi le législateur a placé le mariage en tête des droits de famille ; il est le fondement de la parenté légitime et par suite de la famille légitime. Hors mariage, la filiation et la parenté qui en résulte sont naturelles. Puisque toute l'organisation de la famille repose sur cette distinction, c'est par le mariage qu'il fallait commencer ; de là la place donnée au titre du mariage.

Il y a bien une troisième sorte de parenté, en sus de la parenté légitime et de la parenté naturelle ; mais elle n'est

qu'une imitation artificielle de la parenté proprement dite : c'est la parenté par adoption ou adoptive, qui fait l'objet du titre VIII. Ce titre, dès lors, n'est qu'une annexe du droit de famille. Nous y verrons dans quelle mesure l'adoption imite la filiation, quels effets la parenté adoptive emprunte à la parenté proprement dite.

L'ordre général des idées étant ainsi tracé, abordons l'étude du titre V.

203. Le mariage, qui fait l'objet de ce titre, est le mariage proprement dit, en d'autres termes l'union conjugale, qu'il ne faut pas confondre avec le contrat de mariage, lequel est toute autre chose. Le mariage, en effet, est l'occasion de deux conventions ou contrats.

1° La convention de mariage, c'est-à-dire de se prendre pour mari et femme, de s'unir à titre d'époux. Elle est reçue par l'officier de l'état civil et constatée par un acte de l'état civil : l'acte de mariage. C'est le mariage proprement dit, l'union conjugale. Les articles 144 à 228 et quelques autres qui sont au titre des actes de l'état civil y sont relatifs, notamment l'article 75 alinéa 3, qui arrête la forme du mariage. Contrat solennel, il suppose l'intervention d'un officier public, l'officier de l'état civil. Le mariage résulte du prononcé de l'union par l'officier de l'état civil. Jusque-là, même après l'échange des consentements, il n'y a qu'un projet. Les formalités qui suivront n'ont plus trait qu'à l'établissement de la preuve.

2° Une autre convention a pour objet le régime des biens. Elle règle les suites du mariage quant aux biens des époux, quant à leurs intérêts pécuniaires. Elle fait l'objet d'un acte notarié, le contrat de mariage, qui établit le régime matrimonial (articles 1387 et suivants, notamment article 1394).

Les deux conventions sont connexes, en ce sens qu'elles interviennent toutes deux à propos du mariage ; mais elles sont différentes : elles le sont par leur objet et par leur forme. L'une et l'autre peuvent être appelées le contrat de mariage ; l'usage est d'appeler la première le mariage, la seconde le contrat de mariage.

Le titre V traite seulement du mariage proprement dit, c'est-à-dire de l'union conjugale ; il est question du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux au titre V du livre III (articles 1387 à 1581).

204. Ce qu'est le mariage, si on l'envisage en lui-même et en dehors du caractère que peut lui assigner la loi positive à un moment donné, on le sait de reste et il est superflu de le dire. Les définitions qu'on en a présentées ne valent que par leur plus ou moins de mérite littéraire. Aucune n'en a donné une idée plus élevée et plus vraie que celle formulée par le jurisconsulte Modestin au troisième siècle de notre ère : *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* [1]. C'est l'union pour la vie, l'association sans réserve de deux destinées que la nature a faites incomplètes l'une sans l'autre, c'est en un mot le *consortium omnis vitae* qui constitue l'union conjugale.

La définition aujourd'hui classique est celle qu'a donnée Portalis lors de la discussion du Code civil. Elle n'est qu'une paraphrase, corrigée assez mal à propos, du texte de Modestin. Le mariage, dit-il, est « la société de l'homme et de la « femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour « s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la « vie, et pour partager leur commune destinée. » La formule n'est pas mauvaise, quoique cette définition, toujours citée, ne vaille pas celle de Modestin. Elle a deux défauts.

D'abord elle sacrifie à la phrase, ce qui est toujours un mal. Les mots *pour s'aider à porter le poids de la vie* n'ont que faire dans une définition juridique. C'est une parole de moraliste, presque une phrase. Il y a plus : c'est une idée fausse, car ce n'est pas dans cette pensée et pour cela qu'on se marie.

En outre, la définition contient quelque chose de trop. Il n'est pas exact, aujourd'hui du moins, que la procréation des enfants soit de l'essence du mariage. La preuve en est qu'on ne fait plus difficulté d'admettre, ce qui resta toujours douteux dans l'ancien droit, la validité des mariages *in extremis vitae momentis*, quoiqu'il soit dès lors certain qu'aucune consommation ne suivra. La procréation des enfants est donc le résultat naturel, elle n'est ni le but ni la fin nécessaire du mariage ; elle n'est pas, en tous cas, de son essence.

N'insistons pas sur ces définitions plus ou moins classiques. La meilleure est celle qui exprime le plus simplement ce que chacun sait d'ailleurs : le mariage est la convention par laquelle deux personnes de sexe différent unissent pour la vie leurs destinées à titre d'époux.

1. Fragm. 1, Dig., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

205. Ce qui est plus important, c'est le caractère assigné par le droit positif à cette convention, la forme légale dans laquelle elle se conclut. Sous ce rapport, chaque législation peut avoir un système particulier.

Dans le droit actuel, le mariage est un contrat exclusivement civil, dont la formation, les conditions de validité et les effets sont réglés par la loi civile. Il a ce caractère en France depuis 1791 ; la Constitution de 1791 contient en effet la disposition suivante : « La loi ne considère le mariage que « comme un contrat civil [1]. » C'est l'application au mariage du principe de sécularisation de l'état civil, l'introduction en France du mariage civil.

Le projet de Code civil reproduisait cette règle, à peu près dans les mêmes termes : « La loi ne considère le mariage « que sous les rapports civils. » C'était la même idée. Le texte fut supprimé comme superflu, comme énonçant une idée acquise et consacrée par le droit public.

Antérieurement à 1791, le mariage avait été en France un acte à la fois religieux et civil. La loi civile réglait les effets du mariage ; en certains points même, des ordonnances subordonnaient la validité du mariage à des conditions qu'elles fixaient. Mais le lien lui-même, le mariage en d'autres termes, au point de vue de sa formation, résultait du sacrement de mariage, la religion catholique étant alors religion d'Etat. Si les prescriptions de la loi civile n'avaient pas été observées, le mariage ne produisait pas d'effets civils, mais il n'en existait pas moins et, d'autre part, il ne pouvait pas exister sans le sacrement. C'étaient là maximes reçues partout en pays catholiques.

Ce qui résulte de l'article cité de la Constitution de 1791, c'est que désormais le mariage dépend de la loi civile non pas seulement quant à ses effets et à ses conditions de validité, mais même quant à sa formation. En un mot, c'est un contrat civil.

La réforme a été fondamentale. Nous avons déjà dit, à propos des actes de l'état civil, comment le droit ancien, supposant l'existence d'une religion unique, d'une religion d'État, devint incompatible avec le régime nouveau institué en 1787 et qui reconnaissait aux protestants la liberté. On conçut

1. Titre II, art. 7.

alors un système législatif qui pût être appliqué à tous les citoyens, sans distinction de croyances religieuses : le système de la sécularisation de l'état civil. Désormais, aux yeux de la loi, le mariage dépend de la loi civile, même en ce qui concerne la formation du lien, car il y a séparation de la loi et du dogme religieux. Le système est compatible avec toutes les croyances, car les parties gardent le droit de faire procéder, si bon leur semble, à la célébration religieuse du mariage ; il donne seulement une forme de mariage accessible à tous, catholiques et autres.

206. Malgré l'introduction du principe nouveau, il est encore question dans nos lois, quoique rarement, du côté religieux du mariage, du sacrement de mariage. La loi civile n'a pas encore déduit, à propos du mariage, toutes les conséquences du principe de sécularisation.

La trace de l'ancien système se retrouvait dans une disposition du Code civil aujourd'hui abrogée. L'article 25, définissant la condition du condamné frappé de mort civile, s'exprimait ainsi : « Le mariage qu'il avait contracté précé« demment est dissous quant à ses effets civils. » Cela revient à dire que le mariage subsiste en lui-même. La disposition est d'ailleurs abrogée.

La trace de l'ancien système se retrouve aujourd'hui encore dans la disposition des articles 199 et 200 du Code pénal, qui sont toujours le siège de polémiques très ardentes. Ces deux articles se rattachent au régime du Concordat et des articles organiques, qu'ils n'ont fait que sanctionner, plus spécialement à l'article 54 de la loi du 18 germinal an X sur les rapports de l'Etat et de l'Eglise : « Les ministres du culte, « dit cet article, ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à « ceux qui justifieront en bonne et due forme avoir contracté « mariage devant l'officier civil. » La loi ne permet donc la célébration religieuse du mariage qu'après la célébration civile et cela sous une sanction pénale.

Ces dispositions très graves ont été dictées au législateur par une double préoccupation. Il a voulu d'abord rompre par là plus sûrement avec la tradition d'après laquelle on se mariait à l'église et rien qu'à l'église ; il a voulu protéger ceux qui, se fiant à cette tradition, n'auraient pas été mariés au point de vue civil. D'autre part, les dispositions dont il s'agit ont été, dans la pensée du législateur, un moyen de contrain-

dre à l'observation de la loi ceux qui se refusent à admettre la légitimité du mariage civil, soutenant que le mariage ne peut résulter que du sacrement, que la formation du mariage est une matière réservée, dont la loi civile n'a pas à s'occuper.

207. Tel a été le dessein du législateur en écrivant l'article 54 de la loi de germinal ainsi que les articles 199 et 200 du Code pénal. On ne peut pas nier que ces dispositions n'engendrent des inconvénients très sérieux.

D'abord, elles font intervenir la loi civile dans les pratiques du culte, ce qui est contraire aux principes ; les articles 199 et 200 subordonnent à une condition civile le sacrement de mariage, ce qui n'est pas du ressort de la loi civile. Il y a là certainement une atteinte à l'indépendance de l'Eglise.

D'autre part, les dispositions dont il s'agit ont fait naître, en pratique, une difficulté dont on a grand'peine à sortir : qu'arrive-t-il si l'un des conjoints, marié civilement, refuse de laisser consacrer l'union au point de vue religieux ? Cela s'est vu, car tout se voit dans la vie réelle ; cela s'est même vu assez fréquemment à certaines époques. Assurément c'est un acte d'indélicatesse coupable au premier chef ; quand on a sur ces questions une opinion assez absolue pour être exclusive, la plus vulgaire probité commande de ne pas la laisser ignorer, de ne pas l'émettre seulement après la célébration civile du mariage. La liberté de conscience n'est possible que si on a le respect des convictions d'autrui. Mais, si clair que soit le devoir, cela ne suffit pas à en assurer l'exécution. Et alors que faire ?

On a essayé de trouver un remède dans la séparation de corps ou le divorce, considérant comme une injure grave la pensée d'arriver à la cohabitation sans que l'Église soit intervenue. Mais nous verrons ailleurs que rien ne justifie cette idée. Le remède est insuffisant.

On en a proposé deux autres, dont l'un consisterait à subordonner la validité du mariage civil au mariage religieux quand il est dans l'intention des parties d'y faire procéder. Dans un second système on fait observer que tout le monde aujourd'hui connaît la nécessité de recourir au mariage civil et que par conséquent les articles 199 et 200 du Code pénal ont perdu leur utilité. On conclut qu'il faut rendre la liberté aux parties, en leur permettant de faire bénir leur union avant ou après le mariage civil. La loi n'aurait plus, de la

sorte, à se préoccuper du refus de procéder à la célébration religieuse du mariage, puisqu'elle ne serait plus pour rien dans ce refus.

Quoi qu'on pense de ces remèdes, les articles 199 et 200 du Code pénal sont toujours en vigueur, soulèvent des critiques et font naître des embarras. Cependant, beaucoup pensent qu'il y aurait un danger réel, qui ne serait pas compensé par un grand avantage, à abroger l'article 54 de la loi de germinal ainsi que les articles 199 et 200 du Code pénal. Un fait le prouve. En Belgique, ces textes ont été abrogés en 1815 et il a fallu les remettre en vigueur en 1830, du consentement même de ceux qui en avaient demandé, quinze ans plus tôt, l'abrogation. Il y a en effet une doctrine qui soutient que le mariage résulte et ne peut résulter que du sacrement, qui repousse l'idée du mariage civil, c'est-à-dire l'idée d'un mariage existant, fût-ce au point de vue civil, en dehors du sacrement. Sous l'influence de cette doctrine, il arriva en Belgique, de 1815 à 1830, que beaucoup de personnes ne firent plus célébrer leur union que par les ministres du culte; ce mariage n'était aux yeux de la loi qu'un concubinage ; les enfants n'étaient que des bâtards : il en résulta un trouble, qui motiva la réaction de 1830.

La doctrine signalée est toujours énergiquement soutenue et il est permis de se demander si l'abrogation des articles 199 et 200 du Code pénal n'aurait pas chez nous l'effet qu'elle a eu en Belgique, de sorte qu'il faudrait revenir à ces textes. Presque toutes les législations de l'Europe y arrivent ou y sont arrivées à l'heure actuelle [1].

208. N'insistons pas davantage sur ce point, à propos duquel se perpétue le conflit entre la loi civile et la tradition

1. En Italie notamment, de graves difficultés sont résultées de ce fait que le mariage religieux peut être célébré antérieurement au mariage civil. Lorsqu'un officier veut épouser une jeune fille qui n'a pas la dot exigée par la loi militaire de 1871, il se marie religieusement en attendant que les circonstances permettent de régulariser cette union légitime sinon légale. Les mariages de cette espèce se sont produits assez souvent pour que le législateur s'en soit ému. Une proposition de loi a été déposée pour autoriser le Roi à dispenser les officiers ainsi mariés des prescriptions légales relatives à la dot réglementaire, afin qu'ils puissent se marier civilement. Voy. la *Revue du droit public et de la science politique*, 1895, 2e semestre, p. 521 à 523. La proposition a sans doute été adoptée, car un journal annonçait récemment la nouvelle suivante : « A l'occasion des fêtes de la prise de Rome, le Roi a accordé une amnistie à tous les officiers qui se trouvaient dans cette situation ; ils ont pu se marier civilement, sans la dot réglementaire (*Journal des Débats* du 18 avril 1896). »

catholique. L'essentiel est d'avoir dégagé le principe que le mariage n'est plus, dans notre droit, qu'un contrat civil : civil quant à ses effets, ce qui a toujours été admis, civil aussi quant à sa formation, ce qui est l'idée fondamentale du mariage civil.

Toutefois, si le mariage n'est plus qu'un contrat civil, il est du moins un contrat d'une importance particulière. De là la réglementation très stricte dont il est l'objet. Elle est contenue dans les titres V et VI du livre I du Code. Nous allons étudier ces règles en nous occupant successivement : 1° des conditions requises pour le mariage, tant au fond qu'en la forme, — 2° des effets qu'il produit, des conséquences qu'il entraîne, — 3° de la dissolution du mariage. C'est à l'une des causes de dissolution, au divorce, qu'est consacré le titre VI ; par là il ne fait qu'un avec le titre V.

CHAPITRE I

DES CONDITIONS REQUISES POUR LE MARIAGE.

209. C'est à peu près ainsi qu'est intitulé le chapitre I du titre V : *Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage.* Il en faut rapprocher les chapitres II, III et IV : *Des formalités relatives à la célébration du mariage, — Des oppositions à mariage, — Des demandes en nullité de mariage.* En effet, à propos des conditions requises, nous aurons à rechercher deux choses. Nous nous demanderons en premier lieu quelles sont les conditions de fond, c'est-à-dire d'aptitude personnelle ou de capacité matrimoniale : c'est l'objet du chapitre I ; puis quelles sont les conditions de forme : c'est l'objet du chapitre II. En second lieu, nous rechercherons sous quelle sanction chaque condition est exigée ; les unes le sont sous la sanction préventive de l'opposition : c'est l'objet du chapitre III ; les autres le sont sous la sanction répressive de la nullité : c'est l'objet du chapitre IV.

SECTION I. — **Énumération des conditions requises.**

210. Les considérations qui les expliquent toutes sont les suivantes. Le mariage n'est pas, comme la plupart des contrats, un acte simplement privé, individuel dans ses effets. Sans doute il intéresse principalement et avant tout les parties contractantes, les époux : c'est, en définitive, l'acte décisif de la vie, c'est, comme on l'a fort bien dit, le moyen le plus complet de se rendre ici-bas heureux ou malheureux. Mais il intéresse en outre les familles respectives des deux époux. Si la famille a une réalité, elle a le droit d'intervenir, car le mariage crée des rapports d'alliance. L'alliance est un effet du mariage : elle est le lien qui se forme entre chacun des deux époux et les parents de l'autre, chaque époux ayant pour

alliés, par suite du mariage, les parents de son conjoint. Si la vraie famille ne comprend que les parents, les alliés, quoiqu'à un autre titre, y occupent une place ; donc la famille a son mot à dire, au moins dans une certaine mesure. Indirectement, si des enfants naissent du mariage, ils seront parents des parents des deux conjoints, membres des deux familles.

Enfin le mariage intéresse au plus haut point la société tout entière, car il est banal de dire que l'ordre et la prospérité du pays découlent de l'ordre et de la prospérité qui règnent dans les familles. Il n'est pas besoin de démontrer que les règles relatives à la position de la femme et au divorce ont une importance sociale de premier ordre. Non seulement le mariage a une importance exceptionnelle par l'étendue de ses effets, mais on peut ajouter sans exagération qu'il est de tous les contrats celui à propos duquel on est exposé à faire le plus de folies à raison des entraînements qu'il éveille, de sorte que l'importance et le danger de ce contrat sont également exceptionnels.

Au point de vue législatif, la question qui domine le sujet est celle-ci : dans la réglementation de ce contrat, quelle part faut-il laisser à la liberté individuelle, quelle part d'influence faut-il réserver à la famille, dans quelle mesure la société a-t-elle le droit d'intervenir ? De là les prescriptions de la loi, les conditions au moyen desquelles elle espère garantir le triple intérêt engagé dans le mariage.

211. Ces conditions sont de trois sortes ; elles peuvent être rangées en trois catégories. Pour que le mariage puisse être contracté et soit valable, il faut trois choses.

1° Il faut que les conjoints réunissent certaines qualités ou conditions personnelles. C'est à eux d'en justifier ; ils doivent à cet effet produire à l'officier de l'état civil les pièces qui les établissent et l'acte de mariage doit mentionner les pièces qui établissent que les conditions requises sont réunies (article 76), afin que l'acte qui prouve la célébration porte en lui-même la preuve de la validité du mariage, dans l'intérêt de la stabilité du mariage. Ce sont là les vraies conditions positives à remplir ; elles constituent la capacité matrimoniale.

2° Il faut que les conjoints ne soient dans aucun des cas d'empêchement prévus. Ce sont encore des conditions, si l'on veut, des conditions négatives, des obstacles ; mais l'idée est

autre. Les futurs époux n'ont pas à prouver, pour être admis à se marier, qu'ils ne sont pas dans un cas d'empêchement; l'empêchement, s'il existe, peut leur être opposé par les tiers intéressés, auxquels incombe la charge de la preuve: les futurs époux n'ont rien à faire à cet égard.

On commet souvent à ce sujet une confusion fâcheuse, de nature à compromettre la rectitude des idées. Par exemple on fait figurer parmi les conditions l'obligation pour les futurs époux de n'être pas parents au degré où la loi s'oppose au mariage. C'est une erreur. Ce n'est pas là une condition : les futurs époux n'ont pas à prouver qu'ils la remplissent; c'est un empêchement: des tiers pourront le leur opposer. Tout cela rentre, si l'on veut, dans les éléments d'aptitude, dans les qualités et conditions dont parle la rubrique du chapitre I; seulement il faut distinguer parmi les conditions. Les unes consistent dans les éléments positifs d'aptitude; les futurs époux doivent en justifier : ce sont les vraies conditions. Les autres consistent dans les éléments négatifs d'aptitude; il peut en être fait preuve contre les futurs époux: ce sont les empêchements. Il n'est donc pas exact de dire que l'empêchement résulte de l'absence d'une condition. Nous aurons à signaler çà et là les conséquences bizarres auxquelles conduirait ce défaut de méthode.

3° Il faut que le consentement, c'est-à-dire la volonté de contracter mariage, soit constaté dans les formes prescrites. Le mariage, en effet, est un contrat solennel, pour l'existence et la validité duquel certaines formes sont nécessaires.

De sorte que nous avons à nous occuper : 1° des qualités et conditions personnelles exigées des parties pour pouvoir contracter mariage et dont elles doivent justifier, — 2° des empêchements qui peuvent faire obstacle à la célébration ou à la validité du mariage et qu'on peut leur opposer, — 3° de la célébration du mariage. Les deux premiers points font l'objet du chapitre I de notre titre; le troisième fait l'objet du chapitre II.

§ 1. — Des qualités et conditions d'aptitude exigées des époux.

212. Elles sont de deux sortes. Pour le moment, nous allons seulement les énumérer, préciser leur caractère et leur raison d'être, sans nous préoccuper encore, au moins en détail,

des conséquences qui pourront résulter de ce qu'elles n'existent pas ou de ce qu'elles n'existent qu'incomplètement, insuffisamment. Nous retrouverons ce côté du sujet plus loin, en traitant des oppositions au mariage et des nullités de mariage, c'est-à-dire de la sanction.

Constatons seulement par anticipation, sauf à y revenir, que les qualités et conditions exigées ne le sont pas toutes sous la même sanction. Toutes sont exigées, en ce sens que si l'une d'elles fait défaut, le mariage ne doit pas être célébré; mais, sous un autre rapport, elles diffèrent entre elles. Il en est d'abord qui sont indispensables ou jugées telles, de sorte que leur absence ne mettrait pas seulement obstacle à la célébration du mariage, mais serait une cause d'annulation du mariage, si la célébration avait eu lieu, en fait, au mépris de la loi. Ce sont les conditions dirimantes, dont l'absence vicie le mariage et le rend nul. Il en est d'autres, au contraire, dont l'absence, tout en empêchant la célébration, n'autoriserait pas l'annulation du mariage s'il avait été célébré. Ce sont les conditions non dirimantes ou simples, dont l'absence met obstacle à la célébration mais ne rend pas le mariage nul.

En d'autres termes, toutes les conditions sont également exigées, mais leur absence n'a pas toujours les mêmes conséquences.

L'absence d'une quelconque met obstacle au mariage et serait par suite un juste motif d'opposition à la célébration du mariage. Il y a, nous le verrons, deux causes possibles d'opposition ; dès maintenant nous en rencontrons une : c'est l'absence d'une des conditions requises, qu'elle soit dirimante ou simple.

Il en est d'autres dont l'absence a un effet plus énergique. Elles sont, car elles le sont toutes, un juste motif d'opposition ; elles sont, en outre, une cause de nullité si la célébration a eu lieu. Nous verrons plus loin qu'il y a trois causes possibles de nullité ; dès maintenant nous rencontrons l'une d'elles : l'absence d'une condition rentrant dans la catégorie des conditions dirimantes. Cela revient à dire que les conditions simples sont exigées sous une sanction seulement préventive : l'opposition ; les autres sont exigées sous une double sanction : la sanction préventive de l'opposition et la sanction répressive de la nullité.

Pour distinguer, au point de vue pratique, les deux classes de conditions, le procédé est très simple. Le chapitre I du titre V relate toutes les qualités et conditions requises sans distinguer entre elles, aussi bien les simples que les dirimantes. Le chapitre IV, qui traite des nullités de mariage, relève celles dont l'absence entraîne la nullité, c'est-à-dire celles qui sont dirimantes. Donc celles des conditions qui ne sont pas relevées dans le chapitre IV ne sont exigées que sous la sanction préventive de l'opposition ; elles ne sont pas une cause de nullité. C'est là une donnée essentielle pour l'interprétation des textes.

213. Arrivons à l'énumération, à propos de laquelle nous allons vérifier la règle. Les conditions exigées des époux sont au nombre de quatre : 1° la différence des sexes, — 2° l'âge requis, — 3° certaines autorisations s'il y a lieu, — 4° le consentement des époux.

I. *La différence des sexes.*

214. C'est manifestement une condition nécessaire au premier chef, une condition substantielle[1], tellement qu'il semble superflu de la mentionner. Aussi la loi suppose cette condition plutôt qu'elle ne l'exige[2] ; il est invraisemblable, à moins de conjonctures étranges et rares, qu'elle ne soit pas remplie. Son absence, si par aventure le cas se présentait et il s'est présenté, serait une cause de nullité du mariage. Il est vrai que la condition n'est pas relevée au chapitre IV, ce qui est, au point de vue légal et pratique, le signe auquel on reconnaît s'il y a nullité ; mais elle n'est pas davantage mentionnée dans le chapitre I, pour cette raison très simple que les conditions substantielles sont sous-entendues sans qu'il soit nécessaire de les formuler.

Puisque c'est une règle générale que les époux doivent justifier des conditions exigées, ils doivent justifier de celle-ci. En fait, d'ordinaire, la preuve résulte de la situation même ; en droit, elle résulte de l'acte de naissance. Aux termes de

1. On appelle substantiels, en droit, les éléments qui sont nécessairement impliqués par la nature de l'acte et par là même indispensables.

2. On peut dire cependant qu'elle l'exige dans l'article 144 : « *L'homme* avant « dix-huit ans révolus, *la femme* avant quinze ans révolus, ne peuvent contrac« ter mariage. »

l'article 57, cet acte doit mentionner le sexe de l'enfant déclaré ; si l'identité de la personne qui présente l'acte avec celle que l'acte concerne est admise, la condition est établie. C'est la raison pour laquelle l'officier de l'état civil, avant de célébrer un mariage, doit se faire représenter l'acte de naissance de chacun des futurs époux (article 70). Toutefois, tenant compte des difficultés possibles de situation et de l'utilité qu'il y a à ne pas entraver les mariages, les articles 70, 71 et 72 indiquent comment il peut y être suppléé ; un acte de notoriété peut remplacer l'acte de naissance. Il faut rappeler en outre que la loi précédemment citée du 10 juillet 1871 a réglé comment on peut, en vue du mariage, suppléer aux actes de naissance détruits pendant les incendies de mai 1871, jusqu'à ce qu'ils soient rétablis. Un renvoi aux textes suffit à cet égard ; ils ne contiennent que des dispositions simplement réglementaires.

215. Il n'y aurait rien de plus à ajouter relativement à cette première condition, l'ayant signalée, s'il ne fallait prévoir et mentionner au moins toute une série de questions qui donnent lieu devant les tribunaux à des débats de l'ordre le plus délicat. D'une part, la nature a ses méprises et ses erreurs ; de même qu'il y a des esprits mal faits ou mal réglés, qui portent le trouble partout, de même il y a des corps mal conformés ou incomplets : dans quels cas et sous quelles distinctions les vices de conformation devront-ils être regardés comme équivalant à l'absence de sexe déterminé ? D'autre part, l'inaptitude physique, l'impuissance chez l'homme, la stérilité chez la femme, peut être la conséquence non plus de défauts internes de conformation, mais de maladies, d'accidents, de mutilations, d'opérations chirurgicales ; la même question se pose alors : dans quels cas et sous quelles distinctions les défauts extérieurs de conformation ou l'état de maladie devront-ils être regardés comme ayant fait disparaître les caractères constitutifs d'un sexe déterminé ? Autant de questions de l'ordre le plus délicat[1].

Dans le droit canonique, qui, avant la Révolution, régissait le mariage, ces questions avaient pris une importance considérable. Au point de vue de sa formation, le mariage

1. Voy. Jalabert, *Examen doctrinal de jurisprudence civile*, dans la *Revue critique de droit*, année 1873, p. 129.

était un sacrement ; au point de vue de sa nature, on n'y voyait qu'une forme plus digne, plus relevée de l'union des sexes. Le droit canonique spiritualisait peu en cette matière. C'était une règle reçue que les mariages se forment au ciel mais se consomment sur la terre ; d'où cette conclusion qu'il n'y avait pas mariage sans cohabitation : le défaut de consommation du mariage était une cause de nullité. Le droit canonique regardait l'union des sexes comme essentielle au mariage et n'admettait pas qu'il y eût mariage sans cohabitation et consommation. Les traités de droit canonique abondent en distinctions parfois étranges. L'application la plus connue est le grand procès de la fin du XV[e] siècle, à la suite duquel fut prononcée la nullité du mariage de Louis XII avec la fille de Louis XI pour rendre possible son mariage avec Anne de Bretagne. Après douze ans de mariage, on allégua que le mariage n'avait pas été consommé et on conclut à la nullité. Une autre application était la suivante. C'était une question de savoir si on pouvait admettre la validité des mariages *in extremis vitae momentis*, alors qu'il était certain qu'aucune consommation ne devait suivre, si on pouvait admettre la validité des mariages à un âge tellement avancé que la consommation du mariage fût impossible.

Dans le droit moderne, l'importance de toutes ces questions a notablement diminué. Ce qu'il y a d'essentiel au mariage, c'est le consentement régulièrement échangé entre deux personnes de sexes différents ; quant à la cohabitation et à la consommation du mariage, si elles sont la suite naturelle du mariage, elles ne sont plus considérées comme étant légalement de son essence. Aussi on ne fait plus difficulté d'admettre que le mariage est permis à l'âge le plus avancé, même aux confins de l'extrême vieillesse ; on admet sans conteste la validité des mariages *in extremis vitae momentis*. Rien n'autorise à croire que la loi interdise le mariage à un paralytique ; alors, pourquoi deux personnes, dont l'une ou même toutes deux ont été victimes d'un accident d'où résulte certainement l'impuissance ou la stérilité, ne pourraient-elles pas s'unir par mariage ? Il y a des cas où un pareil mariage se comprend, par exemple s'il a pour but de légitimer des enfants naturels nés avant l'accident. La légitimation des enfants naturels reconnus est un des effets du mariage. Si le mariage, à défaut de tous ses effets, peut pro-

duire l'un d'eux, pourquoi ne serait-il pas possible? D'ailleurs, en définitive, l'imperfection des organes n'empêche pas la détermination des sexes ; l'homme, par exemple, quoique mutilé, n'en sera pas moins capable de remplir des fonctions publiques, d'exercer une tutelle, d'être témoin dans les actes authentiques ; pourquoi, s'il convient à son conjoint, ne pourrait-il pas se marier ?

Mais n'y a-t-il pas une limite ? C'est ainsi que la question subsiste et voici sur ce point les solutions généralement admises.

Il n'y a pas à tenir compte des vices de conformation naturels et internes, sans signes extérieurement apparents, d'où résulterait soit l'impuissance du mari, soit la stérilité de la femme. A quoi tiennent l'impuissance ou la stérilité naturelle? C'est un mystère que la science physiologique n'a dévoilé que très incomplètement ; il y aurait plus que témérité à prétendre le pénétrer judiciairement.

Il en a été autrement jadis. L'impuissance naturelle chez l'homme, la frigidité comme on l'appelait, était regardée dans l'ancien droit et l'a été jusqu'à la fin du XVII[e] siècle, comme mettant obstacle au mariage, comme devant, en cas de célébration intervenue, en entraîner la nullité au profit de la femme[1]. A la fin du XVII[e] siècle, à la suite de graves erreurs commises et démontrées par les faits, on reconnut que l'impuissance naturelle de l'homme, pas plus que la stérilité de la femme, ne peuvent être établies avec sûreté, et que dès lors elles ne doivent pas pouvoir être alléguées[2].

On l'admet aujourd'hui presque sans conteste. Un article du Code confirme cette manière de voir, quoiqu'il soit relatif à un autre sujet : c'est l'article 313. Il décide que « le mari « ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désa- « vouer l'enfant ». C'est dire que la preuve de l'impuissance n'est pas autorisée en ce qui concerne le désaveu de paternité ; cela implique qu'elle ne doit pas l'être davantage à l'appui d'une demande en nullité de mariage.

En est-il de même des vices de conformation soit natu-

1. Pothier, *Contrat de mariage*, n[os] 96, 97 et 445.

2. Voy. l'arrêt de règlement célèbre du 18 février 1677, rendu par le Parlement de Paris, arrêt qui abolit la procédure du congrès (Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 432).

rels, soit accidentels, qui sont externes, apparents, susceptibles de constatation médicale, et qui entraînent de façon certaine, perpétuelle et incurable l'inaptitude aux fonctions de génération? Autrement dit, en est-il de même de l'impuissance ou de la stérilité accidentelle? En principe, non. La preuve en est possible. Elle est autorisée par l'article 312 en matière de désaveu et doit l'être en matière de mariage. Si les vices extérieurs de conformation sont tels qu'ils équivalent à l'absence d'un sexe déterminé, ils mettent obstacle au mariage et, en cas de célébration intervenue, sont une cause de nullité.

Mais quand les vices de conformation ont-ils cet effet? Il faudrait, pour répondre, aborder des détails qui appartiennent à la médecine légale plutôt qu'au droit. Nous nous contenterons de renvoyer à deux arrêts importants : d'abord un arrêt de cassation du 15 janvier 1872 [1], qui expose très complètement la doctrine suivie en pareille matière, ensuite un arrêt de la Cour de Caen du 16 mars 1882 [2], qui a refusé d'admettre la nullité dans un cas où il semble bien qu'elle aurait dû être admise d'après la doctrine traditionnelle.

Il ne faut pas s'étonner des contradictions en cette matière. Il y a une part souvent très grande à faire aux circonstances de fait.

II. *L'âge requis.*

216. Il en est traité dans les articles 144 et 145. Des divers aspects sous lesquels le mariage peut être envisagé (aspect individuel, aspect familial, aspect social), c'est l'aspect social qui apparaît ici nettement.

La loi ne se contente pas de la puberté de fait; elle veut que les époux aient atteint un développement physique et intellectuel qui leur permette à la fois d'apprécier l'importance de l'acte et de donner le jour à une génération saine et forte. Les physiologistes enseignent en effet que l'enfant dont les auteurs sont trop jeunes est rachitique.

Quel est l'âge requis? L'ancienne jurisprudence avait conservé la règle romaine; elle permettait le mariage à douze ans pour les femmes et quatorze ans pour les hommes. La

1. D. P. 1872.I.52, Sir. 1872.I.116.
2. D. P. 1882.II.155, Sir. 1882.II.108.

loi du 20 septembre 1792 ne le permit plus qu'à treize et quinze ans (titre IV, section 2, article 1). On exigeait ainsi un an de plus pour chaque sexe. En effet, on avait observé que la règle romaine, conservée dans l'ancienne France, peut être bonne pour le climat de la Grèce et de Rome, qu'elle convient aujourd'hui encore en Italie ou en Espagne, mais qu'elle ne convient pas au climat tempéré de la France, où le développement est plus lent et aussi la vieillesse moins prompte à venir. Sous l'influence des mêmes idées, le Code de 1804 a encore reculé l'âge requis : « L'homme avant dix-« huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne « peuvent contracter mariage », dit l'article 144.

C'est une condition au sens propre du mot, dont les futurs époux doivent justifier et ils le font aisément par la production de leur acte de naissance. L'article 70 prescrit à l'officier de l'état civil de se faire remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux et cet acte énonce le jour et l'heure de sa naissance (article 57). Mention de l'âge des époux doit être faite dans l'acte de mariage, afin que cet acte fournisse la preuve que la condition d'âge a été remplie.

Condition proprement dite, c'est de plus une condition dirimante, exigée à peine de nullité. En effet, cette condition, indiquée au chapitre I du titre V par l'article 144, est relevée au chapitre IV par l'article 184.

C'est une condition dirimante, mais ce n'est pas une condition absolue, car l'article 145 est ainsi conçu : « Néanmoins « il est loisible au roi d'accorder des dispenses d'âge pour « des motifs graves. » Ce qui explique l'article 145, c'est qu'on venait, en 1804, d'élever l'âge de la capacité matrimoniale comparativement au droit antérieur ; on crut alors devoir ne pas se montrer inflexible quant à la fixation de l'âge. Peut-être, en outre, a-t-on cru devoir laisser place à la prise en considération des diversités de tempéraments, ce qui est d'appréciation bien fugitive. Peut-être enfin, et c'est plus probable, a-t-on cru devoir laisser place à la prise en considération des exigences de situation. Parfois en effet les événements imposent diligence : ce sera une contestation à terminer ou à éviter, ou bien une absence inévitable de l'un des futurs conjoints, ou bien une grossesse anticipée. Ce dernier motif n'est pas admis en la forme, mais c'est le plus accueilli en fait. Il ne doit pas être énoncé dans la demande de dis-

pense, mais indiqué sous le manteau de la cheminée. Quant aux formes de la demande, elles sont indiquées dans un arrêté du 20 prairial an X, auquel il suffit de renvoyer.

III. *Certaines autorisations.*

217. Ces autorisations sont exigées en partie dans une pensée de protection pour les incapables ; on a considéré que, jusqu'à un certain âge, il est bon et utile, dans un acte aussi grave, d'éviter à l'inexpérience des fautes irréparables. D'autre part, elles sont la forme sous laquelle s'exerce le contrôle de la famille dans un acte qui la touche tout entière. Les règles sur ce point ont été combinées de manière à concilier, en leur faisant leur part respective, les deux droits en présence : le droit de l'individu à disposer de lui-même, qui finalement doit être respecté et l'emporter, puis le droit de la famille à défendre ses intérêts collectifs, droit qui, dans une certaine mesure, doit être protégé.

C'est une condition proprement dite, nécessaire à la capacité matrimoniale ; par conséquent les futurs époux doivent en justifier. L'acte de mariage, aux termes de l'article 76, doit énoncer « le consentement des pères et mères, aïeuls et aïeu- « les, et celui de la famille, dans les cas où ils sont requis « (alinéa 4) » ; il doit énoncer « les actes respectueux, s'il en « a été fait (alinéa 5) ». Les articles 156 et 157 sanctionnent ces dispositions en frappant d'une peine correctionnelle l'officier de l'état civil qui omettrait de faire, à cet égard, les énonciations requises dans l'acte de mariage.

Condition proprement dite, la condition dont il s'agit est tantôt une condition dirimante, tantôt une condition simple. Les distinctions abondent sur ce point. Elles sont consacrées d'une part par les articles 148 à 160, dans le chapitre I du titre V, d'autre part par les articles 182 et 183, qui font partie du chapitre IV et indiquent dans quels cas la condition est dirimante. Sans entrer dans les détails, qui sont nombreux et que la lecture des textes fait assez connaître, cherchons à dégager quels sont les résultats. Les règles admises sont une transaction entre le droit individuel et le droit de la famille.

218. Les mineurs ne peuvent jamais contracter mariage sans autorisation, sans certains consentements ; quant à eux,

c'est toujours une condition dirimante, c'est-à-dire en l'absence de laquelle le mariage contracté serait entaché de nullité. Trois situations doivent être distinguées.

1° Ils ont leurs père et mère ou l'un d'eux. Peu importe alors qu'il s'agisse d'enfants légitimes ou d'enfants naturels, si ces derniers ont été reconnus. Si les deux auteurs existent, le consentement des deux est nécessaire ; seulement, au cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit : c'est une prérogative maritale. En cas de décès de l'un des deux auteurs, le consentement du survivant suffit. Telles sont les règles qui résultent des articles 148 et 149, auxquels l'article 159 renvoie en ce qui concerne le consentement au mariage des enfants naturels.

2° Les père et mère sont décédés l'un et l'autre avant le mariage. La famille est alors représentée par les ascendants s'il y en a. C'est l'hypothèse que prévoit l'article 150 : « Si le « père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité « de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent. S'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la « même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. S'il y a « dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera « consentement. »

Deux observations doivent être présentées sur ce texte.

a) Le droit pour les ascendants de s'opposer au mariage ne doit être entier que s'il est certain que le descendant se fourvoie en voulant contracter ce mariage. Si donc il y a dissentiment entre les ascendants des deux lignes, le partage des opinions donne à penser que le projet de mariage n'est pas absurde en soi et ce partage vaut consentement. S'il y a dissentiment entre les deux représentants d'une même ligne, le consentement de l'aïeul est suffisant. Par exemple le futur époux a son grand-père et sa grand'mère paternels, ainsi que son grand-père et sa grand'mère maternels ; l'un des deux grands-pères consent : cela suffit à paralyser le refus des trois autres grands-parents. Si les deux grands-pères refusent leur consentement, l'assentiment des autres ne suffit pas.

b) Il n'est plus ici question que des enfants légitimes. L'article 159, qui traite du consentement au mariage des enfants naturels, ne renvoie pas à l'article 150. La raison est simple et décisive : les enfants naturels n'ont pas, ne peuvent pas avoir légalement d'autres ascendants que leurs père et mère.

Il y a là une différence notable entre la filiation légitime et la filiation naturelle ; la seconde rattache l'enfant à son père et à sa mère, tandis que la première le rattache en outre aux parents de ses père et mère jusqu'au douzième degré (articles 755 et 756). L'article 159 fait une application de cette idée en ne renvoyant pas à l'article 150 comme il renvoie aux articles 148 et 149.

3° A défaut d'ascendants, toujours s'il s'agit des mineurs, les collatéraux n'ont aucun droit d'intervention, même les collatéraux les plus proches. Seulement, vu l'âge, puisqu'il s'agit de mineurs, certaines précautions sont indispensables. Si le futur époux est enfant légitime, l'article 160 exige le consentement du conseil de famille [1]. S'il est enfant naturel, la règle est différente et indiquée par l'article 159. Le conseil de famille ne mérite plus la même confiance que s'il s'agit d'enfants légitimes, car il n'est plus composé de parents, mais d'amis, de personnes de bonne volonté ; alors on individualise la responsabilité pour qu'elle soit plus complète : on exige le consentement d'un tuteur *ad hoc* nommé spécialement à cet effet par le conseil de famille.

En résumé, quand il s'agit de mineurs, le consentement est indispensable ; rien ne peut y suppléer. Dans tous les cas, le consentement exigé est donné de vive voix, sur interpellation, si ceux qui le donnent sont présents (article 75, alinéa 2) ; dans le cas contraire, il est donné par acte authentique (article 73) [2]. S'il s'agit d'un consentement donné par un conseil de famille, on présente le procès-verbal de la délibération.

219. Passons aux majeurs. D'ordinaire, pour tous les actes de la vie civile, les majeurs sont capables. Ici, leur capacité subit une restriction, quelquefois au moins, vu l'importance spéciale de l'acte, vu surtout le droit de la famille. Cette parti-

1. La décision prise par le conseil de famille est-elle souveraine ? Quelques auteurs le soutiennent et écartent l'article 883 C. pr. civ. comme inapplicable en ce cas. Il est difficile d'admettre cette solution, car la distinction établie par l'article 883 est générale.

2. L'acte authentique du consentement doit être un acte notarié (Dalloz, *Répertoire*, V° *Notaire-Notariat*, n° 241), par application de l'article 1 de la loi du 25 ventôse an XI : « Les notaires sont les fonctionnaires publics établis « pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veu- « lent faire donner le caractère d'authenticité. » Ils ont seuls compétence pour les actes authentiques que la loi ne confère à aucun autre officier public le droit de recevoir.

cularité est indiquée par l'article 488 : « La majorité est fixée « à vingt-un ans accomplis ; à cet âge on est capable de tous « les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre « du mariage. » C'est si bien le droit de la famille qui explique la dérogation au droit commun que, si la famille n'est plus représentée, s'il n'y a plus d'ascendants, les majeurs sont pleinement capables. S'agit-il d'enfants naturels non reconnus, ou dont les père et mère sont décédés, le consentement d'un tuteur *ad hoc* n'est plus exigé, l'article 159 n'exigeant ce consentement que pour les enfants naturels mineurs de vingt-un ans. S'agit-il d'enfants légitimes qui n'ont plus d'ascendants, le consentement du conseil de famille n'est plus exigé, l'article 160 n'exigeant ce consentement que pour les enfants légitimes mineurs de vingt-un ans.

Mais si le futur époux majeur a ses père et mère ou autres ascendants, il en est autrement. Le droit de la famille est reconnu, au moins dans une certaine mesure, indiquée par l'article 148. Il est reconnu complètement, quoique temporairement, quant aux hommes. L'homme, quoique majeur, reste incapable jusqu'à vingt-cinq ans accomplis, c'est-à-dire pendant cinq ans encore après sa majorité. Rien ne peut suppléer au consentement et la règle est raisonnable ; en effet, il n'y a ni urgence ni péril à surseoir au mariage, à différer quelque temps. Quant à la femme, dès vingt-un ans elle est soustraite à la nécessité du consentement ; la capacité matrimoniale lui est acquise dès vingt-un ans ; ici encore, la règle est raisonnable, car il peut y avoir, quant à la femme, péril à attendre ; l'âge normal du mariage est, pour elle, celui des environs de la majorité : on n'ajourne pas impunément.

L'âge de la majorité matrimoniale est donc fixé pour l'homme à vingt-cinq ans, pour la femme à vingt-un ans. Seulement l'homme après vingt-cinq ans, la femme après vingt-un ans, restent soumis à la nécessité de demander au moins le conseil de leurs ascendants (article 151), mais avec la possibilité et le moyen de passer outre à leur refus de consentir, de sorte que le droit de l'individu finit par l'emporter, avec le temps, sur celui de la famille. Les conditions dans lesquelles le futur époux peut passer outre au refus par ses ascendants de consentir sont indiquées par les articles 151 à 155 ; ces articles contiennent le système des actes dits respectueux, pour lequel il suffit de renvoyer aux textes.

Donc, tant qu'il existe des ascendants, l'homme et la femme, quel que soit leur âge, ne peuvent se marier sans avoir demandé le conseil de leurs ascendants. C'est une condition du mariage ; aussi les futurs époux doivent justifier de son accomplissement, soit en prouvant que le conseil a été demandé, soit en produisant les actes de décès d'où il résulte qu'il n'existe plus d'ascendants. Seulement alors ce n'est plus qu'une condition simple, ce n'est plus une condition dirimante. En effet, elle est mentionnée dans le chapitre I du titre V et n'est pas relevée dans le chapitre IV ; les articles 182 et 183 autorisent l'annulation des mariages contractés sans le *consentement* des ascendants, mais non de ceux qui ont été contractés sans le *conseil* des ascendants. La seule sanction consiste dans la possibilité pour les ascendants de faire opposition et dans les peines correctionnelles édictées par l'article 157 contre l'officier de l'état civil qui aurait célébré le mariage sans que le conseil des ascendants ait été demandé.

220. A côté et en outre de ces autorisations de famille, il faut noter le droit spécial en vertu duquel les militaires ne peuvent se marier sans une autorisation de leurs supérieurs. Cela s'explique par des considérations d'une nature particulière, très différentes de celles qui expliquent l'exigence des autorisations de famille. On a jugé nécessaire à la discipline et à la dignité de l'armée, afin d'éviter les unions déplacées ou compromettantes, que les militaires, officiers et soldats, ne pussent se marier sans la permission de leurs supérieurs. Il existe sur ce point des règlements spéciaux : trois décrets des 16 juin, 3 août et 28 août 1808, puis deux ordonnances des 29 novembre 1820 et 20 janvier 1832.

Deux idées seulement doivent être ici retenues.

a) L'autorisation spéciale dont il s'agit n'est exigée que pour le mariage des militaires de l'armée active qui sont en activité de service ; la nécessité de l'autorisation n'existe ni pour ceux qui sont dans la réserve de l'armée active, ni même pour ceux qui sont dans la disponibilité de l'armée active (loi du 15 juillet 1889, article 58) ; à plus forte raison n'existe-t-elle pas pour les militaires appartenant à l'armée territoriale ou à la réserve de cette armée [1]. Les militaires de ces

1. D'après la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée, modifiée par la loi du 19 juillet 1892, on est dans l'armée active de vingt-un à vingt-trois ans, dans la réserve de l'armée active de vingt-trois à trente-trois, dans l'armée

diverses catégories peuvent se marier sans autorisation de leurs supérieurs, mais ils restent soumis, une fois mariés, aux obligations de service de la classe à laquelle ils appartiennent. Toutefois les hommes de la disponibilité ou de la réserve qui sont pères de quatre enfants vivants passent de droit dans l'armée territoriale. C'est une sorte de prime à la multiplication.

b) Le défaut d'autorisation, quand l'autorisation est exigée, est un motif d'opposition, mais non une cause de nullité. La nécessité de l'autorisation est donc une condition simple et non dirimante ; en effet, la sanction de la nullité n'est attachée par aucun texte à l'inobservation de cette condition. L'observation des règlements est assurée par une sanction pénale : la destitution de l'officier de l'état civil ; elle l'est aussi par des peines disciplinaires édictées contre les militaires qui se seraient mariés sans autorisation : la perte du grade et du droit à toute pension ou récompense (décret du 26 juin 1808, articles 3 et 4).

IV. *Le consentement des époux.*

221. C'est manifestement une condition substantielle, comme la différence des sexes ; seulement, à l'inverse de cette dernière, elle est énoncée formellement par la loi : « Il n'y a pas de mariage, dit l'article 146, lorsqu'il n'y a point de consentement. »

Rien là, si l'on s'en tient à l'idée générale, qui soit spécial au mariage ; le consentement des parties est une condition élémentaire et essentielle de tout contrat (article 1108) ; or le mariage est un contrat. Cependant il ne suffit pas ici d'un simple renvoi au droit commun, car le consentement, en matière de mariage, est l'objet de règles spéciales à deux points de vue : quant à sa forme et quant à ses conditions de validité.

222. D'abord quant à la forme dans laquelle il doit être donné ou exprimé, quant à sa manifestation extérieure.

En soi, le consentement est un acte de l'esprit, une opération de la volonté. Consentir, c'est acquiescer intentionnellement ; le consentement consiste dans l'adhésion mentale à

territoriale de trente-trois à trente-neuf, dans la réserve de l'armée territoriale de trente-neuf à quarante-cinq ans.

un projet. En même temps, c'est un acte extérieur, car, au point de vue pratique, un consentement non exprimé n'est pas considéré comme donné. Or, envisagé quant au mariage, le consentement doit être exprimé d'une certaine manière, dans une forme déterminée, qui ne peut être remplacée par aucune autre. C'est par là qu'il constitue vraiment une condition particulière. Aux termes des articles 75 et 76 alinéa 8, il doit être donné sous forme de déclaration ; cette déclaration, qui n'est autre chose que la manifestation extérieure du consentement, doit être faite au moment même de la célébration du mariage à la maison commune, en présence des quatre témoins, sur l'interpellation de l'officier de l'état civil, par les deux époux présents. On a jugé ce cérémonial nécessaire pour assurer efficacement la pleine liberté des parties. Donné autrement, le consentement serait inefficace.

De là plusieurs conséquences.

1° Les parties ne peuvent pas se faire représenter ; elles doivent, sans dispense possible, comparaître en personne. C'est une exception au droit commun ; d'ordinaire, on peut figurer dans les actes, même dans les actes de l'état civil, par soi-même ou par son fondé de pouvoir. Il en est autrement dans l'hypothèse du mariage et c'est l'hypothèse à laquelle fait allusion l'article 36 : « Dans le cas où les par-« ties intéressées ne seront point obligées de comparaître en « personne, elles pourront se faire représenter par un fondé « de procuration spéciale et authentique. »

2° Le consentement doit être donné de vive voix, sous la forme d'une déclaration verbale. Ceci toutefois doit être entendu raisonnablement. Il y a plusieurs sortes de langages : on parle oralement et aussi par signes ; en exigeant que les parties déclarent leur intention sur interpellation, l'article 75 n'exige pas autre chose qu'une manifestation extérieure de volonté, en un langage quelconque d'ailleurs. La question s'est posée, par exemple, pour les sourds-muets ; elle se poserait pour un paralytique. Peuvent-ils contracter mariage ? Oui, car ils n'en sont nulle part déclarés incapables ; mais à la condition qu'ils soient capables de manifester extérieurement une volonté, sinon oralement, au moins par signes. Hors de là, ils ne peuvent pas contracter mariage, non qu'ils soient incapables, mais faute de pouvoir

remplir les formalités nécessaires. Le fait d'avoir comparu devant l'officier de l'état civil ne suffit pas ; vainement on prétendrait induire de là le consentement ; le consentement n'est pas seulement un acte interne, c'est un fait extérieur et, en matière de mariage, il doit être exprimé dans la forme prescrite [1].

3° Les promesses de mariage, unilatérales ou même mutuelles, antérieures à la célébration, ne lient pas les parties, qui ne peuvent être contraintes de les accomplir. Pareilles promesses sont nulles en droit, comme portant atteinte à la liberté des parties en une matière où la loi entend qu'elles restent libres ; elles sont par là contraires à l'ordre public (article 6). On ne se lie, en matière de mariage, que de la manière prescrite par l'article 75.

Autrefois, les promesses de mariage échangées constituaient un véritable contrat, sous le nom de fiançailles. Ce contrat était soumis à certaines conditions et produisait des effets précis; il ne pouvait être dissous que par le consentement mutuel ou pour causes déterminées. Il avait pour but de régulariser la situation intermédiaire entre les accords et le mariage. Ce n'était pas encore le mariage, mais il y avait promesse acquise et légalement obligatoire.

Ni la loi ni les mœurs ne reconnaissent aujourd'hui rien de semblable ; il n'y a plus, légalement parlant, de fiançailles. Jusqu'à l'échange des consentements en la forme régulière et même jusqu'au prononcé de l'union par l'officier de l'état civil, il n'y a rien de fait, rien d'acquis, rien qui lie les parties : le droit de se dédire reste entier [2]. Aucun dissentiment n'existe à cet égard. Toutefois, c'est une question de savoir si le fait de se dédire, après promesses échangées, fait encourir une responsabilité et quelle responsabilité. Si le retrait de la parole donnée est justifié, s'explique par des motifs sérieux, appréciables, aucune responsabilité n'est encourue ; cela n'est pas douteux, sauf à remettre les choses en l'état : par exemple on rendra les cadeaux, s'il en a été échangé, on liquidera équitablement les frais déjà faits, s'il en a été fait, comme les frais du trousseau préparé. Si le retrait de la parole n'est pas justifié, s'il est le résultat de

1. Alger 21 avril 1853, D. P. 1855.II.342, Sir. 1854, II, 444.

2. Aubry et Rau, V, p. 33, note 26 ; — Ambroise Colin, *Des fiançailles et des promesses de mariage*, thèse de doctorat, Paris, 1887.

l'inconstance ou d'un caprice tardif, il n'est pas douteux davantage qu'une responsabilité soit encourue, non seulement une responsabilité morale, qui est certaine, car il n'est jamais permis de se jouer d'autrui, mais en outre, le cas échéant, une responsabilité pécuniaire, donnant lieu à des dommages-intérêts. En effet, toute faute oblige à réparer le préjudice causé ; or il y a manifestement faute à se dédire sans raison quand les promesses ont été échangées et, si de cette faute résulte un dommage pour l'autre partie, ce qui est une question de fait, elle oblige à une réparation pécuniaire[1]. Seulement on discute si la faute d'où découle dans ce cas une responsabilité est une faute contractuelle, c'est-à-dire ayant consisté dans l'inexécution d'une obligation contractée, ou une faute délictuelle, ayant consisté dans un fait illicite et dommageable, dans le fait d'avoir causé préjudice à autrui. C'est en effet un principe de droit, en dehors de toute obligation, que « tout fait quelconque de l'homme qui « cause à autrui un dommage oblige celui par la faute du« quel il est arrivé à le réparer (article 1382) ».

L'intérêt de la question est celui-ci : le calcul du montant des dommages-intérêts qui peuvent être dus ne se fait pas de la même manière dans les deux cas.

Si les promesses échangées engendrent une obligation se convertissant en dommages-intérêts au cas d'inexécution, il y a lieu d'appliquer, quant au montant des dommages-intérêts, les articles 1149 et 1152. D'où cette double conséquence : 1° les dommages-intérêts comprendront le *lucrum cessans* et le *damnum emergens* (article 1149), 2° la clause pénale ajoutée produira son effet (article 1152).

Si les promesses sont regardées comme nulles, la clause pénale sera sans effet (article 1127) et les dommages-intérêts comprendront simplement la réparation du préjudice causé, soit à raison de l'atteinte portée à la considération, soit à raison des dépenses faites dans un but qui n'aura pas été réalisé : c'est à cela seulement qu'oblige la faute délictuelle (article 1382).

Cette dernière façon de voir concorde seule avec le principe d'après lequel le consentement ne lie, en matière de mariage, qu'autant qu'il a été donné dans la forme tracée à l'article 75, la liberté restant entière jusque-là. Dès lors, le retrait

1. Paris 23 juin 1894, D. P. 1895.II.86.

de la parole donnée, s'il n'est pas justifié, n'est pas l'inexécution d'une obligation : il ne peut pas y avoir d'obligation ; c'est un fait dommageable et ce fait n'oblige qu'à la réparation du préjudice causé, par application de l'article 1382. Dès lors aussi, la clause pénale ajoutée aux fiançailles serait sans effet. C'est en ce sens que la jurisprudence paraît définitivement fixée[1].

En résumé, le consentement, en matière de mariage, est l'objet de règles particulières relativement à sa manifestation, à la forme dans laquelle il doit être exprimé.

223. Il est encore l'objet de règles spéciales quant à ses conditions de validité, c'est-à-dire si on l'envisage non plus dans sa manifestation extérieure, mais en lui-même, comme acte de l'esprit, de la volonté, en tant que consistant dans l'adhésion mentale.

La déclaration de l'article 75, qui est la forme extérieure nécessaire du consentement, est sans valeur si elle ne correspond pas à une adhésion mentale réelle ; elle n'est alors qu'une apparence. En dehors de la déclaration, qui n'est que la forme, il faut donc qu'il y ait consentement ; il faut en outre que ce consentement soit valable, c'est-à-dire non vicié, libre et sincère. L'absence de consentement, le défaut de liberté du consentement donné, de même que l'irrégularité en la forme, seraient des causes de nullité du mariage. C'est en effet ce qui résulte de l'article 180, qui complète l'article 146. Ce dernier dit : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas « de consentement » ; il suppose l'absence du consentement. L'article 180 s'exprime ainsi : « Le mariage qui a été contracté « sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux, « ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des « deux dont le consentement n'a pas été libre. Lorsqu'il y a « eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur. » Ce texte suppose le vice du consentement.

L'article 180, si on le combine avec l'article 146, soulève de graves difficultés d'application, que nous retrouverons plus loin en traitant des nullités de mariage. Pour le moment, il suffit d'en prendre ce qui a trait au consentement lui-même, envisagé comme condition du mariage. Deman-

1. Cass. 16 janvier 1877, D. P. 1877.I.85, Sir. 1877.I.165, — Dijon 27 mai 1892, D. P. 1893.II.183, Sir. 1892.II.197. — Cpr. Aubry et Rau, V, p. 34.

lons-nous dans quels cas le consentement fait défaut et dans quels cas il est vicié.

224. Les cas où le consentement fait défaut, est absent, quoiqu'en fait il y ait eu manifestation extérieure de ce consentement par la déclaration faite devant l'officier de l'état civil, sont rares. On peut supposer les suivants.

1° Le consentement fait défaut lorsque l'époux, quand il a comparu devant l'officier de l'état civil, était en état de démence de fait, à supposer que la preuve de cette démence soit ultérieurement acquise. Il y a des fous dont la folie n'apparaît pas ; on peut donc admettre l'hypothèse. Nous rencontrerons plus bas une controverse importante qui divise la jurisprudence sur la question de savoir qui peut, dans ce cas, demander la nullité.

2° Le consentement fait défaut s'il est établi (car la pratique connaît toutes les hypothèses) que le futur époux était en état d'ivresse. Dans ce cas comme dans le précédent, l'élément intentionnel du consentement fait défaut ; il n'y a pas adhésion mentale ; donc, malgré les apparences résultant de la déclaration intervenue, il n'y a pas consentement. L'article 146 s'applique certainement à la lettre.

3° Il y aurait un troisième cas d'inexistence du consentement si on tenait pour acquis les faits de suggestion hypnotique dont il est question si souvent de nos jours et ce serait un cas bien significatif. Il y a des gens qui prétendent avoir le don de faire faire à d'autres ce qu'ils veulent eux-mêmes et cela de loin, à distance, sans qu'il y paraisse. Il est manifeste, en admettant par hypothèse la possibilité du phénomène, que le consentement devrait être considéré comme inexistant, malgré les apparences, s'il venait à être prouvé que l'époux a comparu devant l'officier de l'état civil et qu'il a répondu à l'interpellation non pas volontairement, mais parce qu'il était le jouet d'une suggestion. Ici encore, l'élément intentionnel, constitutif de l'adhésion mentale, ferait défaut.

4° Il faut ajouter, comme cas d'absence du consentement, celui de la substitution d'une personne à une autre. Le cas n'est qu'une pure hypothèse juridique, mais on verra plus tard qu'il est nécessaire de l'avoir prévu. A la personne qui devait comparaître une autre a été substituée à l'insu du futur conjoint. Celui-ci déclare consentir au mariage. Comme son

consentement s'adresse mentalement à une personne autre que celle qui est présente, l'adhésion intentionnelle, quant à la personne présente, fait absolument défaut.

Voilà des cas d'absence du consentement. L'article 146 y reçoit son application ; il n'y a pas mariage.

225. Dans quels cas le consentement est-il vicié, non valable par suite, quoique donné dans la forme voulue et vraiment donné ?

Sans être pleinement explicites (et ils ne sauraient l'être car il y a nécessairement une part à faire à ce propos aux circonstances de fait), les textes fournissent quelques données de nature à guider le juge dans l'application. Ces données résultent de la comparaison des règles écrites spécialement à propos du mariage avec celles qui sont admises à propos des conventions en général ; elles résultent du rapprochement de l'article 180 avec les articles 1109 et suivants.

Toute convention, pour se former, exige le consentement des parties (article 1108). L'article 146 ne fait qu'appliquer cette idée simple au mariage, qui est une convention. De plus, pour que la convention soit valable, il faut que le consentement soit exempt de vices, c'est-à-dire qu'il soit l'expression d'une volonté consciente (article 1109). L'erreur, la violence et le dol sont ce qu'on appelle communément les trois vices du consentement et ils ont pour effet, sous réserve bien entendu des questions de preuve, de rendre la convention annulable. Tel est le droit commun de l'article 1117. L'article 180 fait l'application des mêmes idées au mariage ; mais il n'est pas complètement semblable aux articles 1109 et suivants ; il est manifestement moins extensif. D'où la question suivante : dans quelle mesure les règles applicables au mariage, en matière de consentement, sont-elles autres que les règles applicables aux conventions en général ?

Pour le marquer exactement, reprenons les trois vices du consentement d'après le droit commun des conventions, tels que les indique l'article 1109 (la violence, le dol, l'erreur), et voyons s'ils vicient le consentement en matière de mariage.

a) *La violence*. — L'article 180, sans employer le mot, reproduit certainement l'idée en disant que le mariage est annulable quand il a été contracté « sans le consentement *libre* « des deux époux ». Le consentement violenté n'est pas libre ; donc la violence devient une cause de nullité.

Les éléments constitutifs de la violence caractérisée doivent s'apprécier ici de même qu'en matière de conventions, puisqu'il n'existe, à propos du mariage, aucune disposition spéciale. Par conséquent, la crainte dite révérentielle ne suffit pas pour vicier le consentement (article 1114). On entend par là la crainte de déplaire. Une personne peut renoncer à un mariage par crainte révérentielle, c'est-à-dire par déférence pour les influences légitimes; mais la déférence n'exige jamais qu'on se soumette quand il s'agit de mariage; on doit s'en défendre, on peut s'en défendre et alors ce n'est pas une cause de nullité de mariage. Il faut des voies de fait, au moins des menaces de nature à ôter à l'esprit sa liberté ; il faut qu'il y ait contrainte physique ou morale. L'intensité que doit avoir cette contrainte s'apprécie d'après les circonstances (article 1112) ; les juges du fait en décident et aucune règle formelle ne peut être posée.

b) *Le dol.* — L'article 1116, à propos des conventions en général, déclare que « le dol est une cause de nullité de la « convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une « des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces ma- « nœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».

Au titre du mariage, il n'est fait aucune mention directe ni indirecte du dol ; l'article 180 mentionne le défaut de liberté du consentement, ce qui vise seulement la violence. Donc par lui-même, indépendamment de l'erreur qu'il peut avoir produite, il n'est pas une cause de nullité du mariage.

C'est d'ailleurs de tradition. Ici, le droit spécial du mariage n'est plus le droit commun des conventions. D'une part, on a toujours considéré que le droit commun serait trop dangereux, qu'il en résulterait trop d'incertitude dans le sort des mariages ; or l'annulation d'un mariage est autrement grave que celle d'un contrat quelconque, par exemple d'une vente. Quand un jugement annule une vente, on remet les choses en l'état très aisément : l'acheteur restitue la chose achetée, le vendeur le prix touché et tout est dit ; ici, manifestement, la remise des choses en l'état n'est pas aussi aisée. D'autre part, s'est-on dit aussi, où s'arrêter? Le dol, si on admettait qu'il vicie le consentement, s'appliquerait à une foule de tromperies ou de dissimulations malheureusement communes, sur les antécédents de la personne, le caractère,

la fortune, etc. Où n'irait-on pas? Il faut que les intéressés se garent eux-mêmes. De là la règle qui avait cours jadis, qui reste un proverbe et qu'on applique encore sans le dire aussi crûment : « En mariage, il trompe qui peut[1]. » Cela veut dire que le dol ne suffit pas à vicier le consentement, qu'il n'est pas un vice du consentement quant au mariage. Sous peine de trop ouvrir la porte, on a pris le parti de la laisser fermée tout à fait.

Il y a cependant des cas bien graves ; la pratique en a révélé de singulièrement frappants.

α) Une femme simule une grossesse pour obtenir de son séducteur ou de celui qu'elle a séduit elle-même qu'il l'épouse. Le mariage a lieu, puis la supercherie se découvre. Le mariage est-il annulable? Non. Il y a eu dol caractérisé ; mais le dol, qui est un vice du consentement en général, n'en est pas un en matière de mariage.

β) La question s'est posée à propos de la séduction. Est-elle une cause de nullité? Non, en principe, à moins toutefois qu'elle n'ait eu une telle intensité qu'il soit établi qu'elle a vraiment troublé l'esprit, comme la démence, auquel cas elle ne constituerait plus un vice du consentement, mais une absence de consentement.

Toujours est-il que le dol n'est pas par lui-même une cause de nullité du mariage. Des trois vices du consentement énoncés par l'article 1109, le second n'a pas d'application en matière de mariage.

c) *L'erreur.* — Les règles du droit commun à cet égard sont écrites dans l'article 1110 ; l'article 180 alinéa 2 en étend l'application au mariage, mais il limite les cas où l'erreur vicie suffisamment le consentement pour être une cause de nullité : « Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur. » *Erreur dans la personne* ; voilà quatre mots qui ont défrayé bien des plaidoiries. Que faut-il entendre par là ?

Au sens courant, l'erreur dans la personne est celle qui consiste à prendre une personne pour une autre[2]. En général, l'erreur sur la personne avec qui l'on contracte ne vicie

1. Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 2, n° 3.
2. *Dictionnaire de l'Académie.*

pas les conventions : « L'erreur, dit l'article 1110, n'est une « cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur « la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est « point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la « personne avec laquelle on a intention de contracter. » Règle très raisonnable, car c'est ordinairement une prévision d'intérêts qui amène les contrats et la personne importe peu. Mais l'article 1110 ajoute : « A moins que la considération de « cette personne ne soit la cause principale de la conven- « tion. » La considération de la personne n'est jamais plus puissante que dans le mariage et de là vient la disposition déjà citée de l'article 180, alinéa 2.

Mais sur quoi doit avoir porté l'erreur et quelle gravité doit-elle avoir pour vicier le consentement et autoriser la nullité? Les opinions à cet égard sont divergentes, et on trouve dans les travaux préparatoires les affirmations les plus contradictoires. On peut, en effet, être induit en erreur, en matière de mariage, sur bien des points.

α) On peut l'être d'abord sur la situation de fortune de la personne qu'on épouse. Tout le monde est d'accord qu'une pareille erreur n'est pas une erreur dans la personne. Où s'arrêterait-on si on admettait à attaquer leur mariage tous ceux qui y trouvent des mécomptes d'argent?

β) On peut être induit en erreur sur le caractère, la moralité, les idées, les opinions ou les croyances religieuses. Aucun doute encore ; ce n'est pas là ce que l'article 180 entend par erreur dans la personne. Si les désillusions survenant après coup pouvaient devenir des causes de nullité, c'en serait fait de la stabilité du mariage. D'ailleurs, cela a été dit en termes absolument explicites dans l'exposé des motifs [1]. C'est aux intéressés à se renseigner. Il y a, dans ces éléments de fait, des degrés et des nuances tellement variables que la loi ne peut intervenir.

La pratique cependant présente des hypothèses bien dignes d'intérêt. Ainsi telle femme se fait épouser qu'on découvre ensuite avoir eu une inconduite notoire, ou que l'on découvre être enceinte. Rien assurément de plus épouvantable ; mais est-ce là l'erreur dans la personne ? Il est impossible de l'admettre et la jurisprudence est en ce sens [2].

1. Voy. Fenet, IX, p. 167.
2. Trib. de Boulogne 26 août 1853, D. P. 1853.III.56, Sir. 1854.II.114, — Paris

γ) On peut être induit en erreur sur l'état civil de la personne qu'on épouse. La personne épousée est bien celle qu'on avait en vue, mais on lui supposait ou elle s'est donné un état civil qu'elle n'a pas. Elle s'est fait passer pour française alors qu'elle est étrangère ; on a cru qu'elle appartenait à telle famille, qu'elle portait tel nom et il n'en est rien ; elle s'est fait passer pour enfant légitime et on découvre que c'est un enfant naturel ou même adultérin. En un mot, la personne a usurpé un état appartenant à autrui, ou s'est donné un état imaginaire. Est-ce là l'erreur dans la personne ? Oui et sans aucun doute. L'erreur dans la personne est l'erreur dans la personne civile, l'erreur sur l'état civil de la personne, sur les éléments constitutifs de la personnalité civile.

Tel est bien, en effet, le sens habituel du mot *personne* en droit ; *persona* veut dire : le rôle civil de la personne, les éléments qui composent la personnalité, l'état de la personne. Il est vrai qu'il n'y a pas erreur quand on épouse bien la personne même qu'on a eue en vue ; mais les travaux préparatoires sont formels en ce sens que la personne dont parle l'article 180 alinéa 2 n'est pas l'individu : c'est la personne civile, c'est-à-dire la personne ayant telle ou telle personnalité civile. Les qualités de la personne ainsi comprise n'intéressent pas seulement le futur conjoint, mais encore sa famille. Si c'est, par exemple, une femme française qui croit par erreur épouser un français, quelle n'est pas la gravité de son erreur, puisqu'elle va perdre peut-être la nationalité française en épousant un étranger ? L'erreur n'est pas moins grave, au double point de vue individuel et familial, quand elle porte sur la famille à laquelle appartient un futur conjoint ou sur le caractère de la filiation qu'il possède. Pareille erreur vicie le consentement.

Il n'est pas nécessaire pour cela qu'il y ait eu dol, mais il faut que l'erreur existe eu égard à ce qui est au moment du mariage. Ainsi un homme est en possession d'état d'enfant légitime ; plus tard, un jugement le déclare enfant naturel à

4 février 1860, D. P. 1860.II.87, Sir. 1860.II.71, — Cass. 11 février 1861, D. P. 1861.I.49, Sir. 1861.I.241, — Orléans 6 juillet 1861, D. P. 1861.II.132, Sir. 1861.II.485, — Cass. 24 avril 1862, D. P. 1862.I.153, Sir. 1862.I.341, — Paris 30 décembre 1861 et Cass. 9 février 1863, D. P. 1863.I.426, Sir. 1864.I.45, — Montpellier 1er février 1866, D. P. 1867.V.270, Sir. 1866.II.325.

la suite d'une action en contestation d'état. La femme est trompée par le résultat, mais il n'y a pas erreur dans la personne, car la réalité, lors du mariage, était bien ce que la femme a cru.

Sur ces trois points, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord : ni l'erreur sur la fortune, ni l'erreur sur les qualités morales ou intellectuelles ne constituent l'erreur dans la personne, au sens de l'article 180, mais l'erreur sur les éléments de l'état civil est certainement une erreur dans la personne. Faut-il s'arrêter là ou aller plus loin ? Que décider quand l'erreur porte non plus sur l'état civil de la personne, dans le sens strict et légal du mot, mais sur la condition sociale ? Si l'erreur n'a porté que sur des éléments de fait relatifs à la condition sociale, comme la fortune, l'honorabilité, la moralité, c'est une erreur sur les qualités de la personne et l'on n'en tient pas compte. Mais elle peut avoir porté sur des éléments de droit, sans qu'ils rentrent dans l'état civil ; par exemple un des époux, à l'insu de l'autre, était privé de ses droits par suite d'une condamnation judiciaire. Est-ce là, dans les termes de la loi, une erreur dans la personne ? La question a été maintes fois plaidée et jugée. C'était un commerçant failli, frappé des déchéances qui résultent de la faillite et non réhabilité ; c'était un condamné ayant encouru la dégradation civique, l'interdiction légale ou la privation de certains droits civiques, civils ou de famille. Tel homme se fait agréer, qu'on découvre ensuite être un ancien galérien, ou un forçat évadé que le bagne reprend dès qu'on le reconnaît. Que faire dans ces cas et autres semblables ? L'article 180 alinéa 2 est-il applicable ? Y a-t-il erreur dans la personne ?

La loi ne prévoit pas ces cas. Ce n'est pas une erreur sur l'état civil, une erreur dans la personne ; c'est, quoiqu'à un degré plus saisissant, une erreur sur les qualités de la personne. Sous un rapport, la solution est étrange, choquante et illogique. Une condamnation à une peine afflictive et infamante survenant après le mariage est une cause péremptoire de divorce (article 232) et une condamnation antérieure ignorée du conjoint ne serait pas une cause de nullité ! C'est peu satisfaisant, sans doute ; mais où s'arrêter si on entre dans une autre voie ? Les peines criminelles emportent la dégradation civique, ce qui est grave. Les peines correctionnelles empor-

tent l'interdiction de certains droits civiques, civils ou de famille, ce qui est moins grave. Si on admet la nullité pour erreur sur des faits entraînant déchéance de droits, faudra-t-il aller jusqu'aux peines correctionnelles ? Faudra-t-il aller jusqu'à la faillite ? D'autre part, comment s'arrêter sans verser dans l'arbitraire ? Si la loi avait entendu admettre la nullité dans ces cas, elle n'aurait pas manqué de poser une limite. Elle ne l'a pas fait ; c'est donc qu'elle l'a jugé inutile, par suite qu'elle n'admet pas la nullité.

On entrevoit aisément combien de difficultés peuvent ici surgir. Aussi on a proposé une interprétation plus large, qui, si elle était admise, concilierait tout. Malheureusement elle ne serait que l'arbitraire et, en pareille matière, l'arbitraire serait périlleux. Rien n'étant spécialement indiqué, a-t-on dit, tout est admis ; les espèces varient à l'infini, les termes de l'article 180 alinéa 2 sont généraux : il y a erreur suffisante quand les faits qui se révèlent eussent mis obstacle au mariage s'ils avaient été connus [1]. Ce système donne satisfaction aux exigences de situation, mais la stabilité des mariages y est livrée à l'arbitraire des tribunaux. Aussi la jurisprudence a-t-elle jusqu'ici refusé de l'admettre [2].

N'y a-t-il donc, à défaut de la nullité possible du mariage, aucun remède à des situations de ce genre ? Il y a la séparation de corps et, pour ceux qui n'y répugnent pas, le divorce (article 231). En effet, parmi les causes de séparation et de divorce, figure l'injure grave. Or il n'y a pas d'injure plus grave que d'avoir abusé à ce point de la bonne foi du conjoint.

226. Telles sont les quatre conditions requises en la personne des époux : la différence des sexes, l'âge légal, certaines autorisations, enfin le consentement libre, conscient, exempt de violence ou d'erreur. Les époux doivent justifier de l'ac-

1. C'est une question de fait qui doit être tranchée eu égard à la position des conjoints. Soit, par exemple, un mariage contracté entre un forçat libéré et une femme qui a passé dix ans dans une maison de réclusion, chacun des deux ayant ignoré la tare de l'autre. La connaissance de cette tare n'aurait sans doute pas mis obstacle au mariage ; bien plus, comme il faut des époux assortis, les deux intéressés ne s'en seraient peut-être que plus recherchés !

2. Voy. notamment l'arrêt déjà cité du 24 avril 1862. Rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation, il contient un véritable exposé de principes sur la question (D. P. 1862. I. 153, Sir. 1862. I. 341).

complissement de ces conditions. Mais, pour se marier valablement, il ne suffit pas que les conjoints réunissent les conditions requises. Il faut en outre qu'ils ne soient dans aucun des cas d'empêchement prévus.

§ 2. — Des empêchements.

227. On appelle ainsi certains faits qui mettent obstacle au mariage. A l'inverse de ce qui a lieu pour les conditions, les futurs conjoints n'ont aucune justification à fournir en ce qui concerne les empêchements ; on ne saurait exiger d'eux de justifier qu'ils ne sont pas dans un cas d'empêchement ; l'empêchement, s'il existe, ne peut que leur être opposé. Seulement, quand le fait d'où il résulte est établi, c'est à eux, s'ils prétendent que l'obstacle a cessé ou a été levé, de le prouver. Ainsi, un mariage précédent non dissous est un empêchement à un mariage nouveau ; si quelqu'un s'oppose au mariage nouveau en produisant l'acte d'un mariage antérieur, le conjoint qui veut contracter mariage fera tomber l'obstacle en produisant l'acte de décès de son conjoint.

Les empêchements ainsi compris, d'où résulte un obstacle au mariage même pour ceux qui sont capables d'après le droit commun, s'expliquent tous par des considérations d'ordre public, au nom desquelles la liberté individuelle est limitée. Ils sont de deux sortes. De même que les conditions, selon leur importance, sont simples ou dirimantes, de même les empêchements sont, eux aussi, selon leur gravité, dirimants ou prohibitifs. Tous sans distinction mettent obstacle au mariage et sont par conséquent de justes motifs d'opposition ; tous sont prohibitifs. Quelques-uns peuvent de plus, si nonobstant leur existence il a été passé outre à la célébration du mariage, en motiver la nullité ; on leur donne traditionnellement le nom d'empêchements dirimants. En effet, ils rendent le mariage nul ; or le verbe *dirimere* veut dire détruire, rendre inutile.

Distinguer les empêchements prohibitifs des empêchements dirimants est une question de textes ; il n'y a qu'à voir si la loi considère leur existence comme une cause de nullité. La règle, à cet égard, est la même que pour les conditions. Aucune autre cause de nullité ne doit être admise que celles

qui sont expressément établies par la loi. Le chapitre I du titre V énumère toutes les conditions et tous les empêchements, puis le chapitre IV relève les conditions qui sont exigées à peine de nullité et les empêchements qui sont dirimants. Donc les empêchements non relevés au chapitre IV ne sont que prohibitifs.

228. Nous allons énumérer les empêchements. A propos de chacun, nous aurons à marquer s'il est dirimant ou s'il n'est que prohibitif. Pour cette énumération, il faut classer les empêchements en deux catégories. Les uns sont certains, incontestés et ne prêtent à aucun doute, la loi étant formelle; sur quelques autres, au contraire, il y a controverse. Les empêchements de la première espèce sont au nombre de cinq, les derniers au nombre de quatre.

A. *Empêchements dont l'existence est incontestée.*

229. 1. *L'existence d'un mariage antérieur non dissous* (article 147). — Le fait d'avoir contracté un mariage alors qu'on était dans les liens d'un mariage antérieur non dissous constitue la bigamie, qui est qualifiée crime par l'article 340 du Code pénal et punie de la peine des travaux forcés à temps. De plus, l'existence d'un mariage antérieur non dissous est un empêchement à tout mariage nouveau.

C'est d'abord un juste motif d'opposition : « On ne peut « contracter un second mariage, dit l'article 147, avant la « dissolution du premier. » Peu importe que le premier mariage soit entaché d'une nullité ; tant que la nullité n'a pas été prononcée, l'opposition est recevable contre la célébration d'un nouveau mariage. Commencer par se remarier quand on est engagé dans les liens d'un précédent mariage entaché de nullité serait compliquer la situation et c'est pourquoi l'article 147 ne fait pas de distinction entre un précédent mariage valable et un précédent mariage entaché de nullité[1].

1. La règle est différente en ce qui concerne l'application de l'article 340 du Code pénal : « Quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura « contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera puni... » La peine n'est encourue que si l'accusé était vraiment engagé dans les liens d'un précédent mariage, c'est-à-dire si le précédent mariage était valable. En cas de contestation sur la validité, c'est une question préjudicielle qui doit être préalablement jugée.

C'est, en outre, une cause d'annulation du mariage, à supposer que celui-ci ait été contracté au mépris de l'opposition faite, ou qu'il n'ait pas été fait d'opposition. En effet, l'article 147, au chapitre I du titre V, énonce l'empêchement; puis les articles 184 et 188, qui font partie du chapitre IV, y attachent la sanction de la nullité : l'empêchement qui résulte de l'existence d'un précédent mariage non dissous est donc un empêchement dirimant. Toutefois, la nullité du second mariage ne peut être prononcée que si le premier mariage est valable. Si les époux, défendeurs à l'action en nullité, opposent la nullité du premier mariage pour conclure à la validité du second, la question de savoir si le premier mariage est valable doit être tranchée préalablement. L'article 189 est formel en ce sens. Un mariage annulable est un juste motif d'opposition à la célébration d'un nouveau mariage, mais n'est pas une cause suffisante d'annulation du nouveau mariage déjà contracté.

230. II. *La parenté ou l'alliance sous certaines conditions* (articles 161 à 164).— L'union de deux personnes parentes ou alliées au degré où le mariage est prohibé constitue l'inceste. A la différence de la bigamie, l'inceste n'est pas puni par la loi pénale. La raison est qu'il n'y a pas là violation du droit d'autrui, à l'inverse de ce qui a lieu dans l'hypothèse de la bigamie, laquelle est une violation du droit du conjoint. Quoi qu'il en soit, c'est un fait interdit, s'il n'est pas puni ; alors la parenté ou l'alliance, dans une certaine limite, est un empêchement et un empêchement dirimant.

Dans quelle limite? C'est ce que règlent les articles 161 à 164. A cet égard, la loi positive a toujours été en restreignant l'énergie et l'étendue de la prohibition. Il fut un temps où la prohibition était très étendue. Le droit canonique l'étendait jusqu'au septième degré, c'est-à-dire qu'il prohibait le mariage quand un des conjoints n'était qu'à sept degrés de la souche commune ; on ne comptait les degrés que par rapport à celui des conjoints qui était le plus éloigné de la souche commune, de sorte que le mariage pouvait se trouver prohibé entre personnes parentes au quatorzième degré, suivant le mode actuel de computation des degrés.

Plusieurs motifs expliquent cette extension si grande de la prohibition. D'abord une vue politique : on veut, en prohibant les mariages entre proches, favoriser la fusion des races

rivales juxtaposées en France par l'invasion. Ensuite une considération morale : les habitudes sédentaires de la famille y multipliant les dangers de la vie intime, on veut écarter les entreprises, les séductions et jusqu'à la pensée de ces actes entre ceux que rapproche la vie commune. Enfin des considérations physiologiques : il paraît démontré que les mariages consanguins, c'est-à-dire entre personnes de même sang, entre proches parents, abâtardissent la race.

De ces trois motifs, le premier a disparu ; le second s'est affaibli, car, dans les mœurs modernes, les parents vivent moins qu'autrefois sous le même toit ; la troisième raison subsiste seule tout entière. C'est pour cela que l'empêchement a toujours été se restreignant. Voici quelle est aujourd'hui la limite.

1° *La parenté*. En ce qui concerne la parenté en ligne directe, l'article 161 contient une règle simple : « Le ma-« riage est prohibé entre tous les ascendants et descendants « légitimes ou naturels..... » Il faut remonter à une bien haute antiquité pour ne pas rencontrer ces prohibitions ; elles sont tellement d'accord avec les exigences de la morale qu'il est inutile d'insister. Quant à la parenté collatérale, la règle est moins précise et on n'est pas absolument d'accord sur la manière de la formuler. Ce n'est pas que les textes manquent de clarté. « En ligne collatérale, dit l'article 162, le mariage « est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou natu-« rels..... » L'article 163 ajoute : « Le mariage est encore « prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. » Sur ce dernier article, une controverse a été soulevée. La Cour de cassation, d'accord avec certains auteurs, prétend que les expressions *oncle*, *tante*, *neveu* et *nièce* sont des expressions génériques, comprenant les grands-oncles et les grand'tantes aussi bien que les oncles et tantes proprement dits. Cette interprétation ne saurait prévaloir. En effet, la disposition de l'article 163 est une disposition prohibitive, dont l'application ne peut pas être étendue en dehors des termes employés par le législateur [1].

2° *L'alliance*. En ligne directe, le mariage est prohibé entre chacun des époux et tous les ascendants ou descendants

1. Aubry et Rau, V, p. 98 et 99 ; — Cpr. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 163, nos 3 et 5.

légitimes ou naturels de l'autre (article 161). En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre beau-frère et belle-sœur légitimes ou naturels (article 162). Hors de là, le mariage est possible.

3° *La parenté adoptive.* L'article 348 indique dans quelle mesure elle met obstacle au mariage : « Le mariage est pro-« hibé entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, entre les « enfants adoptifs du même individu, entre l'adopté et les en-« fants qui pourraient survenir à l'adoptant, entre l'adopté et « le conjoint de l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant « et le conjoint de l'adopté. »

231. Sur la portée et la sanction de ces prohibitions, une double distinction doit être faite.

Quant à la sanction d'abord, les empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance ne sont pas seulement prohibitifs, mais dirimants. Les articles 161, 162 et 163 les énoncent au chapitre I et l'article 184 les relève au chapitre IV en y attachant la sanction de la nullité. Au contraire, ceux résultant de l'adoption ne sont que prohibitifs. En effet, l'article 348 les établit, mais nulle part, ni au chapitre IV ni ailleurs, un texte n'y attache la sanction de la nullité ; l'article 184 renvoie bien aux articles 161, 162 et 163, mais non à l'article 348. Or il n'y a pas de nullité sans texte formel ; donc ce sont seulement des empêchements prohibitifs. Cela s'explique aisément. Le lien résultant de l'adoption est exclusivement civil ; on peut dire qu'il est artificiel. Les inconvénients qui expliquent la prohibition du mariage entre proches n'existent pas ou sont beaucoup moins intenses. Toujours est-il que la règle n'est pas douteuse.

Quant à la portée des prohibitions, une autre distinction doit être faite. En effet, les empêchements pour parenté ou alliance sont de deux sortes. Il en est que rien ne peut lever : tel celui qui résulte de la parenté ou de l'alliance en ligne directe (article 161) et de la parenté collatérale au deuxième degré (article 162). Rien ne peut les faire disparaître ; l'obstacle est infranchissable. Les autres, au contraire, peuvent être levés au moyen de dispenses accordées par décret du chef de l'Etat : tels sont ceux qui résultent de la parenté collatérale à partir du troisième degré (article 163) et de l'alliance collatérale (article 162). L'article 164 s'exprime en effet dans les termes suivants : « Il est loisible au roi de lever, pour

« des causes graves, les prohibitions portées par l'article 162 « aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs et par l'ar- « ticle 163 aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et « le neveu. » Nulle part il n'est dit que les empêchements résultant de l'adoption puissent être levés, quoiqu'assurément ils soient fondés sur des considérations moins graves que ceux résultant de la parenté ou de l'alliance et qui peuvent être levés. L'inconvénient, d'ailleurs, n'est pas très grave, puisque ces empêchements sont simplement prohibitifs.

Pour que des dispenses soient accordées, quand elles sont possibles, il faut « des causes graves ». On peut rappeler ici ce qui a été dit plus haut à propos des dispenses d'âge. Tantôt la dispense sera accordée en considération de l'intérêt des enfants, tantôt en considération d'intérêts pécuniaires dont un mariage facilite la liquidation ou la gestion. Quand il s'agit de beaux-frères et de belles-sœurs, notamment, cas dans lequel les dispenses sont fréquentes, rien de plus naturel et parfois de plus souhaitable que de voir l'homme resté veuf donner pour belle-mère à ses enfants la sœur de la première femme. Quelquefois il s'agit d'une grossesse, d'une faute à cacher, hypothèse déjà signalée à propos des dispenses d'âge.

Rien donc que de très juste, en apparence. Cependant le système des dispenses, quoique répondant à certaines convenances ou nécessités de situation, est critiquable et voici pourquoi. Un des effets du mariage est de légitimer les enfants antérieurement issus des époux et reconnus par eux (article 331). S'il s'agit d'enfants nés de deux personnes non parentes ni alliées, libres dès lors, sous ce rapport, de se marier, pas de difficulté ; le mariage légitime les enfants et c'est le cas que prévoit l'article 331. S'il s'agit d'enfants de deux personnes parentes ou alliées au degré où la loi prohibe le mariage sans dispense possible, pas de difficulté non plus; le mariage subséquent ne peut pas intervenir et s'il était intervenu, il serait annulé ; la légitimation ne peut donc pas se produire et les enfants restent incestueux. Mais une troisième situation peut se présenter : celle d'enfants nés de deux personnes parentes ou alliées au degré où la loi prohibe le mariage, mais en réservant la possibilité de dispenses. La question qui se pose est alors de savoir si le mariage contracté dans ce cas, après l'obtention des dispenses et en vertu

des dispenses, légitime les enfants nés auparavant. C'est une question douteuse, qui sera étudiée sous l'article 331. La jurisprudence admet l'affirmative et alors voici le danger, l'anomalie. Un beau-frère et une belle-sœur, un oncle et une nièce, ont des relations hors mariage; de ces relations naît un enfant; quelle sera la situation? Cela dépend. Si les parents obtiennent des dispenses et se marient, l'enfant sera légitimé; si la dispense est refusée, le mariage étant impossible, l'enfant ne sera pas légitimé; il ne pourra même pas être reconnu, car l'article 335 prohibe toute reconnaissance au profit des enfants nés d'un commerce adultérin. D'où la faveur administrative décide ici de la légitimité des personnes et voilà le chef de l'Etat, ou plutôt le ministre de la justice, qui donne la légitimité aux uns et la refuse aux autres. Cela concorde mal avec les principes de notre droit, d'après lesquels l'état des personnes ne dépend que de la loi. Le système des dispenses est un vestige d'un état politique qui n'est plus, où on regardait le souverain comme liant et déliant. Ce sont d'autres principes qui prévalent à l'heure actuelle: la loi seule lie et délie, ou devrait au moins seule posséder ce pouvoir. D'où on est amené à cette conclusion. Si un empêchement au mariage pour parenté ou alliance est justifié par des considérations suffisantes, il faut qu'il s'impose à tous; s'il n'est pas justifié par des considérations suffisantes, il serait préférable de le lever pour tous. Rien n'est pire en cette matière que l'arbitraire et l'article 164 y expose.

A ce point de vue, étant donné nos traditions sociales et nos mœurs, peut-être pourrait-on lever sans inconvénient la prohibition résultant de l'alliance collatérale, celle qui existe entre beaux-frères et belles-sœurs; en fait, on obtient la dispense à peu près toutes les fois qu'on la demande, au moins quand on sait demander. Peut-être au contraire pourrait-on soutenir (c'est aujourd'hui le vœu de beaucoup) qu'il faudrait étendre la prohibition résultant de la parenté collatérale, s'il est vrai, comme semble le prouver la statistique et comme l'affirment les hommes de l'art, que les mariages entre cousins germains sont une cause de dégénérescence de l'espèce. En tous cas le système des dispenses est mauvais et ne se justifie pas [1].

1. Quant à la forme dans laquelle peuvent être octroyées les dispenses, voy. l'arrêté du 20 prairial an XI, déjà cité à propos des dispenses d'âge (*Suprà*, p. 309).

232. Pour en finir avec les empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance, il faut signaler encore deux questions controversées.

a) Quant à l'application des règles relatives aux empêchements qui résultent de la parenté ou de l'alliance, la parenté ou l'alliance naturelle produit en général les mêmes effets que la parenté ou l'alliance légitime. Les articles 161 et 162 établissent formellement l'assimilation ; l'article 163 ne le fait pas, d'où il faut conclure que la prohibition prévue par cet article est spéciale à la parenté collatérale légitime, car les prohibitions sont de droit étroit. Dans les cas où la prohibition s'étend à la parenté naturelle, celle-ci peut-elle être prouvée autrement que par les moyens de preuve prévus aux articles 312 et suivants ? C'est une question que nous retrouverons plus tard et à propos de laquelle la propension naturelle de l'esprit ne concorde pas avec les exigences de l'interprétation législative.

Aux termes des articles 334 et suivants, la filiation naturelle ne peut être constatée que par une reconnaissance volontaire en la forme authentique ou par un jugement rendu sur une action en réclamation d'état, dans les cas où une action de ce genre est recevable ; d'autre part, la loi s'oppose à ce que la filiation adultérine ou incestueuse soit établie. Supposons, ce qui est loin d'être sans exemple, des filiations non régulièrement constatées, mais tenues pour certaines par l'opinion en fait. Qu'en sera-t-il ? Dès que le Code a des règles sur la preuve de la filiation, ces règles sont applicables à tous les cas. Là où la filiation n'est pas régulièrement établie, on ne voit pas comment elle pourrait être invoquée comme mettant obstacle au mariage ou comme étant une cause de nullité. Et cependant, qui ne reculerait devant les conséquences ? Va-t-on laisser un père épouser celle qui est notoirement sa fille, quoique non reconnue ? Va-t-on laisser un frère épouser sa sœur ? Il le faut bien, quelque répugnance qu'on ait à l'admettre. La faute en est à la loi, qui, sans de bien bonnes raisons, a permis seulement certaines preuves en matière de filiation. Au point de vue du droit, toute préoccupation des faits mise à part, il ne peut guère y avoir de doute et pour la raison la plus simple du monde. Quand une filiation n'est pas établie régulièrement, les affirmations qui l'énoncent ne sont que des suppositions ; en tous cas on ne peut pas dire qu'elle

soit établie. Comment suffirait-il d'une affirmation sans preuve pour établir une paternité naturelle dont la loi prohibe la recherche judiciaire (article 340)? Le système peut être mauvais; le résultat s'impose.

b) Les relations hors mariage établissent-elles des rapports d'alliance? Un homme pourrait-il épouser la fille d'une femme avec laquelle il aurait eu des relations ? Pour que la question s'élève, il faut supposer, bien entendu, que la réalité de ces relations est formellement établie, par exemple que l'homme a reconnu un enfant naturel né de cette femme. La question revient à savoir si des relations hors mariage produisent l'alliance. On peut en douter. En effet, il est admis traditionnellement que l'alliance est un effet du mariage ; la définition classique est celle que nous avons donnée : l'alliance est le lien qui s'établit, par l'effet du mariage, entre un époux et les parents de l'autre ; donc, pas d'alliance hors mariage. D'un autre côté cependant, ce qui amène l'alliance et les empêchements qui en découlent, c'est moins le mariage que les rapports qui en sont la suite ; comment ces rapports produiraient-ils un empêchement étant légitimes et n'en produiraient-ils pas étant irréguliers ? Et puis ne faut-il pas tenir compte ici des exigences de l'honnêteté publique ? Ce sont là questions que la loi ne résout pas, sur lesquelles la controverse est indéfiniment possible, sur lesquelles aussi la jurisprudence est muette, car heureusement elles ne sont pas pratiques.

233. III. *Un divorce antérieur sous certaines distinctions.* — Cet empêchement existait dans le Code civil de 1804. L'article 295 le formulait en termes très simples : « Les époux qui « divorceront, pour quelque cause que ce soit, ne pourront « plus se réunir. » Deux personnes se sont mariées ; elles ont divorcé, puis elles veulent s'unir à nouveau. Le peuvent-elles ? Non, d'après l'article 295 ; c'est assez d'un essai malheureux. Le divorce n'est pas une facilité donnée au caprice et à la mobilité, mais seulement un remède à des situations jugées intolérables et qui dès lors ne doivent pas être rétablies.

La loi du 8 mai 1816, en abolissant le divorce, a écarté cet empêchement ; la loi du 27 juillet 1884 l'a fait revivre, mais elle s'est montrée plus accommodante que le Code de 1804 et a modifié l'article 295 de la façon suivante : « Les époux

« divorcés ne pourront plus se réunir si l'un ou l'autre a, « postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage « suivi d'un second divorce..... » Le divorce antérieur n'est un empêchement à un nouveau mariage que si l'un ou l'autre des deux ex-époux s'est marié à nouveau et si ce nouveau mariage s'est lui-même dissous par un divorce. Il est alors à craindre que la nature de la personne, deux fois divorcée à la suite de mariages différents, ne soit réfractaire à l'état de mariage ; il a paru bon d'arrêter la série des tentatives.

Il résulte de là qu'il n'y a pas d'empêchement si les deux ex-conjoints sont restés libres depuis le divorce prononcé entre eux ; il en est de même si l'un d'eux s'est engagé, ou si tous deux l'ont fait, dans de nouveaux liens et que le mariage contracté ait été dissous, ou que les mariages contractés l'aient été autrement que par le divorce, c'est-à-dire par le moyen naturel, la mort du conjoint. Certes la loi est ici très accommodante ; on ne peut pas lui reprocher d'être oppressive. Peu de conjoints divorcés, selon toute vraisemblance, useront de cette latitude. Il y en a eu cependant des exemples. Mais cette latitude admise est, par elle-même, d'un mauvais effet; elle porte atteinte, sans utilité pratique, à l'idée sérieuse qu'on doit se faire du mariage.

234. Reste une question, celle que soulève tout empêchement: celui de l'article 295 est-il dirimant ou seulement prohibitif? Le procédé de solution indiqué impose de décider qu'il est simplement prohibitif; dès lors, si, malgré l'article 295, un nouveau mariage est intervenu, il ne pourra pas être annulé de ce chef. En effet, avons-nous dit, aucune cause de nullité ne peut être admise en dehors de celles que la loi établit formellement; or tous les cas dans lesquels un mariage peut être annulé ont été relevés dans le chapitre IV du titre V ; donc, comme il n'est pas question, dans ce chapitre IV, du mariage contracté au mépris de l'article 295, il faut conclure que ce mariage ne peut être annulé. Cela revient à dire que l'empêchement résultant du divorce antérieur n'est que prohibitif. C'est d'ailleurs rationnel. On ne peut pas dire ici qu'un principe essentiel a été violé ; il y a eu abus, manquement aux convenances sociales, mais pas davantage ; il suffira, pour assurer l'observation de l'article 295, de la vigilance des officiers de l'état civil, sans qu'il soit nécessaire d'aller jusqu'à la nullité.

235. IV. Un autre empêchement résulte encore du divorce; il est prévu par l'article 298, remis en vigueur par la loi du 27 juillet 1884 : « Dans le cas de divorce admis en justice « pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais « se marier avec son complice. » L'adultère met donc obstacle au mariage entre l'époux divorcé et son complice si c'est pour cause d'adultère que le divorce a été prononcé.

C'est en vérité très nécessaire. Sans cela, l'époux qui aurait assez de son conjoint actuel et qui de plus en souhaiterait un autre (les deux préoccupations vont de pair assez fréquemment) aurait toujours le moyen d'arriver à ses fins. Il lui suffirait de se rendre coupable d'adultère, d'amener par là le divorce et, une fois la liberté reconquise, d'épouser son complice. Il n'y aurait pas là usage, mais abus du divorce. En effet, c'est à raison des considérations inhérentes au mariage actuel et comme moyen d'en sortir que le divorce a été admis; il y aurait péril manifeste à ce que le divorce fût possible à raison de la perspective d'une nouvelle union et comme moyen d'y arriver. De là l'article 298.

Il y a eu cependant beaucoup d'indécisions à cet égard en 1884. L'article 298, écarté par la Chambre des députés, n'a été maintenu que sur l'insistance décidée du Sénat. Voici les considérations mises en avant à la Chambre des députés. Quand un désordre s'est produit, quand l'adultère a été constaté, ce qu'il y a de plus désirable est qu'il puisse y avoir réparation; or n'est-ce pas y mettre obstacle que de prohiber le mariage ? Il a même été avancé, sur un ton qui paraissait sérieux, que laisser le mariage ultérieurement possible serait le moyen le plus efficace d'arrêter les séducteurs en les faisant réfléchir par la prévision des éventualités possibles et que l'opinion pourrait imposer. Défaillances que tout cela et dépenses d'esprit faites hors de propos ! Il est inadmissible que le législateur se laisse guider par des considérations de ce genre; ce serait un scandale.

236. La disposition de l'article 298 est simple en elle-même et facilement justifiable. Elle a amené dans la pratique une difficulté sérieuse. Que faut-il entendre ici par complice ? Comment faut-il que la complicité soit établie pour qu'il en résulte un empêchement ?

Dans un cas, il n'y a pas de question : c'est quand le jugement qui a prononcé le divorce pour cause d'adultère désigne

le complice. La complicité est alors judiciairement établie ; l'article 298 est certainement applicable : l'époux coupable ne peut se marier avec son complice.

Il en est de même dans un autre cas : quand le fait d'adultère a donné lieu à une poursuite devant une juridiction répressive et que celle-ci a prononcé une peine contre l'époux coupable et contre son complice. La complicité est encore judiciairement établie et l'article 298 applicable.

Mais ces cas ne sont pas les plus fréquents. Le plus souvent, afin de ne pas augmenter le scandale, le jugement qui statue sur le divorce constate seulement l'adultère de l'époux contre lequel le divorce est prononcé, sans nommer le complice, et aucun jugement de répression n'est provoqué. Alors suffit-il, pour qu'il y ait obstacle au mariage, que la complicité soit établie en fait, ou faut-il n'appliquer l'article 298 que quand l'adultère a été judiciairement établi, soit par le jugement de divorce, soit par un jugement correctionnel ?

La jurisprudence, qui a eu plusieurs fois à statuer sur cette question depuis 1884, paraît tendre à élargir autant que possible l'application de l'article 298 ; elle admet l'empêchement dès que la complicité est établie ou peut être établie, soit par jugement, soit seulement en fait, qu'elle l'ait été antérieurement, c'est-à-dire par un constat de commissaire de police surprenant les coupables en flagrant délit, ou qu'elle le soit seulement au moment du mariage projeté et pour l'empêcher. En effet, dit-on, l'article 298 n'exige rien de plus que le fait de la complicité [1].

237. Sous l'article 298 comme sous l'article 295, il faut se demander si l'empêchement est dirimant ou simplement prohibitif. Même raisonnement et même conclusion : ce n'est qu'un empêchement prohibitif. Si déplorable que soit, au point de vue moral, l'existence d'un mariage contracté au mépris de l'article 298, en définitive c'est une convenance qui est méconnue, ce n'est pas un principe essentiel. D'ailleurs, le procédé d'interprétation admis ne laisse place à aucun doute. Nulle part la loi ne dit qu'il y ait là une cause de nullité ; elle ne confère à personne le droit d'agir en nullité ; donc l'empêchement n'est que prohibitif.

1. Trib. de Melun 25 février 1887, Journal *La Loi* du 2 avril, — Paris 2 août 1887, Sir. 1887.II.160. La Cour de cassation ne paraît pas avoir encore statué sur la question.

238. C'était une question, avant la loi de 1884, et elle peut encore se poser depuis, de savoir si l'article 298, lequel ne vise que le divorce, est applicable à la séparation de corps. Voici l'hypothèse. Une séparation de corps est prononcée pour cause d'adultère ; plus tard, l'époux au profit duquel la séparation a été prononcée meurt ; le survivant peut-il se marier avec son complice ? En d'autres termes, l'article 298 est-il applicable ? Non. D'une part, l'article 298 ne parle que du divorce et les prohibitions ne s'étendent pas : c'est un principe certain d'interprétation ; d'autre part, la situation est très loin d'être identique. Ce que le législateur a voulu éviter par la prohibition de l'article 298, c'est que l'adultère ne devienne, au profit de gens sans scrupules, un moyen en quelque sorte calculé de divorce, c'est que le divorce lui-même ne soit demandé dans le but unique de recouvrer la liberté pour pouvoir se marier avec le complice ; or, au cas de séparation de corps, on ne peut pas soupçonner pareille combinaison, puisque la séparation laisse subsister le mariage et que la liberté ne peut être acquise que par un fait ultérieur, contingent, le décès du conjoint. Donc le texte ne vise pas cette hypothèse ; elle ne présente avec la précédente qu'une analogie incomplète et il n'y a pas lieu d'étendre l'article 298. C'est de jurisprudence à peu près incontestée[1].

239. V. Pour achever l'énumération des empêchements de mariage qui sont formellement établis, il reste à en mentionner un dernier. Il est spécial à la femme : c'est l'insuffisance du temps écoulé depuis la dissolution d'un mariage précédent (article 228).

Le droit moderne admet les seconds et subséquents mariages ; mais il ne les admet que sous quelques restrictions. D'abord, la loi prend diverses précautions dans l'intérêt des enfants du premier lit, s'il en existe ; ils risquent en effet, l'expérience le prouve, d'être sacrifiés en cas de second mariage. De là les articles 380 et 381, 386, 395 et 1098, que nous retrouverons ultérieurement aux titres de la puissance paternelle, de la tutelle et des donations entre vifs. D'autre part, elle interdit à la femme de contracter un nouveau mariage avant un certain temps : « La femme, dit l'article 228, ne

1. Toulouse 10 juin 1852, D.P.1852. II.169 ; — Laurent, *Principes*, III, n° 346.

« peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois « révolus depuis la dissolution du mariage précédent. »

Le texte s'exprimant en termes généraux, la règle s'applique à toutes les causes de dissolution du mariage. Elle est spécialement répétée en ce qui concerne le divorce par l'article 296 : « La femme divorcée ne pourra se remarier que « dix mois après que le divorce sera devenu définitif. » Même on n'hésite pas à l'étendre au cas d'annulation judiciaire du mariage, bien que l'annulation et la dissolution soient choses différentes : la femme ne peut se marier que dix mois après la décision qui prononce l'annulation [1].

Le motif de la prohibition est double.

Historiquement, il est certain que la règle se rattache à des considérations de convenance publique ; elle tend à assurer le respect du temps de deuil imposé par l'usage. Jadis une peine proprement dite était prononcée contre la femme qui se mariait dans l'année de deuil [2]. Cet ordre d'idées toutefois ne suffit pas à expliquer la règle. D'une part, en effet, ce n'est guère la mission de la loi d'intervenir pour faire respecter les convenances ; son office est seulement d'assurer le respect des droits. Puis, si c'était le seul et vrai motif, pourquoi le sursis ne serait-il imposé qu'à la femme et pas au mari ? On a dit que la délicatesse plus grande de sentiments naturelle à la femme autorise à exiger, conseille même d'exiger d'elle plus que de l'homme ; les romains, parlant une langue dont on a dit qu'elle peut braver l'honnêteté, s'exprimaient de la sorte : *uxores lugere viri non compelluntur*. Ce sont des distinctions quelque peu raffinées ; il est douteux que le droit doive en tenir compte. Les convenances ici sont réciproques.

Il y a donc une deuxième raison et elle explique pourquoi la femme seule est soumise à la règle. Le sursis est imposé afin d'éviter l'incertitude qui sans cela pourrait se produire quant à la paternité, pour l'enfant qui naîtrait après le second mariage à une date encore rapprochée de la dissolution du premier. Voici comment. La durée habituelle de la grossesse est en fait de neuf mois. Mais, si telle est la durée normale, elle peut accidentellement être plus courte ou plus

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 228, n° 2.
2. Fuzier-Herman, *loc. cit.*, n° 5.

longue ; le Code, acceptant les données admises par la science physiologique à l'époque où il fut rédigé, fixe une durée minima et une durée maxima : la gestation, dans le système du Code, dure au moins six mois ou cent quatre-vingts jours et au plus dix mois ou trois cents jours[1]. C'est ce que porte l'article 312. Cela admis, supposons qu'une femme veuve contracte un nouveau mariage trois mois après la mort du mari et accouche six mois après le premier mariage. Quel est le père de l'enfant ? Ce peut être déjà le second mari, car la grossesse peut n'avoir duré que six mois ; ce peut être aussi le premier, puisque la grossesse peut durer jusqu'à dix mois. Auquel l'enfant sera-t-il attribué ? Pour éviter pareilles conjonctures, déplorables en soi, périlleuses quant au règlement des droits de famille, il est prudent d'imposer un sursis à la femme en cas de dissolution du mariage. D'où l'article 228.

Mais la prévision de pareille éventualité ne suffit pas non plus seule à expliquer cet article, du moins tout cet article. En effet, pour atteindre le but indiqué, c'est-à-dire pour empêcher les confusions possibles de paternité, il suffirait d'un sursis de quatre mois ; il n'y aurait pas besoin d'un sursis de dix mois. Voici pourquoi. Supposons que la femme contracte mariage quatre mois après la dissolution du mariage précédent. Si elle accouche moins de six mois après, l'enfant peut être du premier mari, puisque la grossesse peut avoir duré dix mois, mais il ne peut pas être du second, puisque la grossesse ne peut être moindre de six mois ; si elle accouche plus de dix mois après, l'enfant ne peut plus être du premier mari, puisqu'alors la grossesse aurait duré plus de dix mois, et par conséquent il est du second.

De sorte que ni l'un ni l'autre des deux motifs, pris isolément, n'explique complètement la loi : ni les convenances, ni la crainte des confusions de paternité ; cette crainte explique la nécessité d'un délai, mais n'explique pas le délai de dix mois. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il fallait un délai et qu'au nom des convenances on l'a fait un peu plus long qu'il n'était strictement indispensable.

1. En 1804, le calendrier républicain était encore en usage ; les mois avaient invariablement trente jours ; d'où six mois ou cent quatre-vingts jours et dix mois ou trois cents jours étaient termes identiques.

240. Si on se place à ce point de vue pour interpréter l'article 228, on a la solution d'une question qui a été soulevée, celle de savoir si l'article 223 reste applicable quand la femme est accouchée quelques jours après la dissolution de son premier mariage, le lendemain par exemple de cette dissolution. Il est clair alors qu'en cas de second mariage aucune confusion de paternité n'est possible ; l'enfant dont la femme remariée accoucherait ne pourrait être que du second mari. Mais ce n'est pas seulement la crainte d'un pareil danger qui explique l'article 228 ; il s'explique en outre, à tort ou à raison, par d'autres considérations et alors il reste applicable même quand, à raison de circonstances particulières, ce danger se trouve écarté[1].

241. L'empêchement qu'établissent les articles 228 et 296 n'est d'ailleurs que prohibitif, car l'effet de nullité n'est attaché par aucun texte à la violation de ces articles. L'application de la règle est regardée comme suffisamment assurée d'abord par le droit d'opposition, d'autre part par une amende prononcée contre l'officier de l'état civil (article 194 C. pén.). Il ne s'agit pas là d'un de ces éléments vraiment essentiels du mariage, dont l'absence peut suffire à motiver une sanction aussi grave que la nullité. D'autre part, la nullité survenant ne remédierait à rien, car la confusion possible de paternité se serait produite par cela seul que le mariage aurait été contracté, sans que la nullité ultérieure puisse y rien faire.

Tels sont les cinq empêchements incontestés, formellement reconnus par les textes. Les deux premiers sont dirimants ; les trois autres sont simplement prohibitifs.

B. *Empêchements dont l'existence est contestée.*

242. Ce sont des empêchements discutés, à propos desquels il y a controverse faute de textes formels. La question se pose à propos de l'interdiction judiciaire, de l'interdiction légale, de l'engagement dans les ordres et des vœux.

243. I. L'interdiction judiciaire est celle qui est prononcée contre les majeurs qui se trouvent dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, même lorsque cet état présente des intervalles lucides (article 489). Elle a pour

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 226, n° 1.

effet général d'assimiler l'interdit à un mineur, pour sa personne et pour ses biens (article 509). L'interdit devient incapable; il lui est nommé un tuteur, qui le représente dans les actes de la vie civile; les actes qu'il ferait lui-même seraient nuls (article 502).

Met-elle obstacle au mariage? Si oui, constitue-t-elle un empêchement dirimant ou simplement prohibitif? Aucun texte ne statue formellement sur cette question, qui doit dès lors être résolue par application des principes généraux.

Il y a un cas où le doute n'est pas possible: c'est quand l'interdit, outre qu'il est interdit, est en état de démence de fait. L'état de démence, au moment du mariage, met certainement obstacle au mariage. C'est rationnel, car le mariage suppose le consentement et le dément est hors d'état de donner efficacement un consentement conscient. C'est légal, car l'article 174 le dit implicitement. Il suppose une opposition au mariage fondée sur l'état de démence; c'est donc qu'il admet que la démence est au moins un empêchement prohibitif. Seulement il faut que la démence alléguée comme motif d'opposition soit établie régulièrement; l'article 174 ajoute: « Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de dé-
« mence des futurs époux, cette opposition, dont le tribunal
« pourra prononcer mainlevée pure et simple, ne sera jamais
« reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'in-
« terdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé
« par le jugement. » L'opposition sera donc rejetée: 1° si le tribunal estime, après examen, que l'allégation de démence n'est pas fondée, — 2° sans examen au fond, si l'opposant ne corrobore pas son opposition en provoquant l'interdiction.

Il y a plus: la démence de fait serait une cause de nullité du mariage s'il avait été célébré. En effet, nous avons vu dans l'article 146 qu'il n'y a pas mariage sans consentement; or la démence, quand elle est constatée en fait et suffisamment caractérisée, est exclusive du consentement; donc le mariage est nul. D'ailleurs, l'article 180 autorise la demande en nullité pour vice du consentement (défaut de liberté, erreur); à plus forte raison l'autorise-t-il pour absence du consentement résultant de la démence. Nous verrons ailleurs, en traitant spécialement des nullités, par qui la nullité peut être demandée.

Donc la démence caractérisée constitue un empêchement

dirimant. Mais autre chose est la démence de fait, autre chose l'interdiction. Pour que l'interdiction soit prononcée, il n'est pas indispensable que la personne soit dans un état permanent d'imbécillité, de démence ou de fureur ; l'article 489 exige seulement un état habituel. Dès lors, il se peut, en fait, qu'un interdit soit, à un moment déterminé, en état de donner un consentement conscient, qu'il soit, comme on dit, dans un intervalle lucide. L'article 489 suppose qu'il peut en être ainsi. La démence de fait met obstacle au mariage et est une cause de nullité, que l'interdiction ait été prononcée ou non. Maintenant l'interdiction reste-t-elle un empêchement quand l'interdit est en fait dans un intervalle lucide? C'est ainsi que la question doit être posée et peut seulement l'être.

L'opinion générale, qui est d'ailleurs celle de la jurisprudence, admet que non. A elle seule, l'interdiction n'est pas un empêchement, car l'article 174 ne l'admet comme telle que si elle s'ajoute à la démence de fait. Elle ne saurait, en tout cas, être une cause de nullité, car c'est un principe qu'une nullité n'est possible qu'en vertu d'un texte formel et il n'est parlé nulle part de l'interdiction dans le chapitre IV, lequel, encore une fois, relève toutes les causes de nullité [1].

On a fait à cette opinion diverses objections et notamment les deux suivantes.

L'intérêt social, a-t-on dit d'abord, exige que les personnes atteintes d'aliénation mentale ne se marient pas, puisqu'il paraît avéré que le germe de la maladie est héréditaire ; d'où il est préférable, au point de vue de l'intérêt social, que les fous meurent sans enfants. L'objection n'est pas décisive. D'une part, elle n'est exacte qu'en partie ; elle ne l'est que pour la folie proprement dite et pas pour l'imbécillité, pour la faiblesse d'esprit. D'autre part, c'est une considération qui peut toucher le législateur, mais dont l'interprète et le juge ne peuvent tenir compte.

On a objecté en outre l'article 502, qui est assez embarrassant. Cet article dit : «... Tous actes passés... par l'interdit... « sont nuls de droit. » Si ce texte était applicable, il n'y aurait plus de question ; l'interdiction serait une cause de

1. Cass. 12 novembre 1844, D. P. 1845.I.98, Sir. 1845.I.246.

nullité et *a fortiori* un empêchement prohibitif. Mais nous verrons plus tard, au titre de l'interdiction, que cet article n'est pas applicable à tous les actes faits par l'interdit ; il n'est applicable qu'aux actes qui peuvent être passés par le tuteur au nom de l'interdit, en d'autres termes aux actes qui comportent la représentation par le tuteur ; ils sont nuls si l'interdit les passe lui-même. Mais l'article n'est pas applicable aux actes qui supposent l'intervention personnelle de l'interdit, comme l'est au premier chef le mariage. Ces actes-là peuvent être valablement faits par l'interdit, pourvu d'ailleurs qu'il puisse en fait consentir, c'est-à-dire qu'il soit dans un intervalle lucide. Priver l'interdit de les faire lui-même, ce serait lui enlever la jouissance de ces droits, puisqu'ils ne peuvent être exercés par autrui ; or l'interdiction n'est qu'une privation d'exercice des droits ; elle ne concerne donc pas ceux des droits dont l'interdit perdrait la jouissance si on lui en retirait l'exercice personnel. Cette idée ne peut être ici qu'indiquée ; elle trouvera son développement plus tard ; elle est le fondement de la théorie du Code sur les effets de l'interdiction.

De tout cela il résulte que l'interdiction n'est pas un empêchement si elle n'est pas accompagnée de démence de fait au moment de la célébration du mariage. Un incident de la rédaction du Code civil achève de le démontrer. Le Tribunat avait demandé que l'interdit fût déclaré incapable de se marier, même dans un intervalle lucide ; cette demande ne fut pas accueillie, l'article proposé par le Tribunat fut repoussé et n'a pas pris place dans le Code [1].

244. II. La même question se pose pour l'interdiction légale. C'est celle qui, avec la dégradation civique, est l'accessoire des peines criminelles (article 29 C. pén.). Ici, l'hésitation n'est pas vraiment bien grande ; la même solution doit être admise *a fortiori*. En effet, d'une part l'interdiction légale, qui est encourue à titre de peine accessoire, n'empêche en rien le consentement d'être conscient et complet. D'autre part, considération qui est décisive, si on admettait que l'interdiction légale empêche le mariage, elle équivaudrait, sous ce rapport, à l'ancienne mort civile, qui mettait obstacle au mariage (article 25 C. civ.) ; or ce n'est pas admissible.

1. Locré, IV, p. 451. — Aubry et Rau, V, p. 11, note 4.

Aussi, en fait, malgré quelques hésitations de doctrine, il ne paraît pas qu'il y ait eu doute en pratique. Le décret du 24 mars 1866 règle, pour les personnes qui sont dans les colonies pénitentiaires et par suite en état d'interdiction légale, les conditions à remplir pour contracter mariage.

245. III. Arrivons à un troisième empêchement douteux et contesté. C'est une question rebattue et célèbre que de savoir si l'engagement dans les ordres catholiques est, au point de vue civil, un empêchement au mariage. Elle ne se pose que pour les ordres qu'on appelle *majeurs*, c'est-à-dire depuis et y compris le sous-diaconat. C'est une question de détail, mais fort importante à raison des conflits qu'elle a soulevés, des intérêts qui sont en jeu et de ses rapports avec quelques principes essentiels de droit public.

Constatons d'abord l'état de la jurisprudence. La Cour de cassation a pendant longtemps admis que l'engagement dans les ordres est un empêchement au point de vue civil[1].

Elle l'a jugé d'abord, dans un grand nombre de cas, ayant à statuer sur le refus du maire de procéder à célébration ou sur la validité de l'opposition faite par un évêque, saisie de pourvois contre les décisions qui avaient validé le refus du maire ou maintenu l'opposition formée. Elle a jugé que l'engagement dans les ordres constitue un juste motif d'opposition ; elle n'a d'abord jugé que cela, parce que c'était la seule question soulevée par les affaires qui lui étaient déférées. Il y a des arrêts en ce sens tant de la Chambre civile que de la Chambre des requêtes[2].

Plus tard, appelée à statuer sur la validité d'un mariage célébré, non plus dès lors sur une question d'opposition mais sur une demande en nullité, la Chambre des requêtes, faisant un pas de plus, a décidé qu'il y a là un empêchement dirimant, entraînant par suite la nullité. Elle a jugé en ce sens par un arrêt très notable, rendu à la suite de débats retentissants, en date du 26 février 1878[3].

Plus récemment, la Cour de cassation est revenue sur sa

1. Jurisprudence constante, sauf deux arrêts discordants, peu clairs d'ailleurs, des 9 janvier 1821 et 12 novembre 1839, Sir. 1821.I. 157 et 1839.I.826.

2. Voy. notamment l'arrêt du 23 février 1847, D. P. 1847.I.129, Sir. 1847.I. 177.

3. D. P. 1878.I.113, Sir. 1878.I.241. Il faut lire le rapport de M. le conseiller Lepelletier et les conclusions de M. l'avocat général Robinet de Cléry.

jurisprudence. Après l'arrêt de 1878, la controverse avait subsisté ; un grand nombre de jugements de première instance et plusieurs arrêts de Cours d'appel avaient admis, contrairement à la doctrine de la Chambre des requêtes, les uns que l'engagement dans les ordres n'est pas un empêchement dirimant, d'autres qu'il n'est pas même un empêchement prohibitif. Spécialement, un arrêt de la Cour d'Amiens du 30 janvier 1886 [1] avait reconnu la validité d'un mariage contracté par un prêtre catholique et rejeté la demande en nullité ; cet arrêt a été déféré à la Cour de cassation et la Chambre civile a rejeté le pourvoi par un arrêt en date du 25 janvier 1888 : elle a décidé que l'arrêt d'Amiens avait été bien rendu, donc que l'engagement dans les ordres n'est pas un empêchement [2].

De sorte que, si on tient compte des derniers arrêts, il y a divergence de vues entre la Chambre des requêtes et la Chambre civile. En 1878, la Chambre des requêtes a admis que l'engagement dans les ordres est un empêchement dirimant, puisqu'elle a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt qui avait jugé en ce sens. En 1888, la Chambre civile a décidé que l'engagement dans les ordres n'est pas un empêchement. Il résulte de là, si cette contrariété de jurisprudence subsiste, une situation des plus singulières : ce sont les Cours d'appel qui jugeront souverainement la question. En effet, qu'une Cour d'appel juge qu'il y a là un empêchement dirimant et qu'un pourvoi soit formé : la Chambre des requêtes le rejettera, car elle estime qu'il n'y a pas lieu de casser l'arrêt, dont la décision va rester acquise. Si une Cour d'appel décide au contraire, comme celle d'Amiens, qu'il n'y a pas d'empêchement et qu'un pourvoi soit formé, la Chambre des requêtes admettra le pourvoi, mais la Chambre civile le rejettera. Donc les arrêts de Cours d'appel, dans quelque sens qu'ils soient rendus, ont autorité de chose jugée et sont acquis. La discordance de vues entre les deux Chambres de la Cour de cassation produit là un effet des plus singuliers [3].

1. D. P. 1886.II.42.
2. D. P. 1888.I.97, Sir. 1888.I.193.
3. Cpr. *Introduction, Explication du titre préliminaire*, p. 121, texte et note 1. — A la suite de l'arrêt de 1888, une proposition de loi a été déposée pour trancher la controverse, mais écartée sans même être prise en considération, par la raison qu'elle était inutile, attendu que la Cour de cassation venait de se prononcer. Il y a eu là une méprise certaine de la part du législateur : étant donnée la contrariété des arrêts de 1878 et de 1888, la question reste entière.

248. Tel est l'état de la jurisprudence[1]. Quels sont les éléments de la controverse ? Ils se réduisent à bien peu de chose, à presque rien. Si les débats que la question amène ont été si persistants et restent si vifs, cela tient à ce qu'ils touchent à des intérêts d'ordre confessionnel et il est difficile, par suite, qu'ils restent exclusivement juridiques. Dans de telles questions, bien des gens prennent parti sous l'influence de considérations extra-légales, selon qu'ils sont hostiles ou favorables aux intérêts de l'Eglise catholique. La question cependant est une pure question de légalité civile et c'est seulement comme telle qu'elle doit être examinée.

Les précédents historiques sont très précis. La discipline ecclésiastique ordonne le célibat aux prêtres, plus généralement à ceux qui ont reçu les ordres majeurs. Au XII[e] siècle, le concile de Latran (1117) transforma ce qui n'avait été d'abord qu'une prescription disciplinaire en une loi canonique et fit de l'engagement dans les ordres un empêchement dirimant. Le concile de Trente, au XVI[e] siècle, renouvela la disposition, qui n'a plus été depuis lors contestée dans l'Église. Seulement les décisions du concile de Trente n'ont jamais été reçues, ni publiées, ni approuvées en France. Cependant, la jurisprudence des anciens Parlements a invariablement regardé l'engagement dans les ordres comme constituant un empêchement dirimant. C'était de tradition avant l'édit de Nantes (1598). Après l'édit, il a été plusieurs fois jugé qu'un prêtre catholique qui s'était fait protestant n'en restait pas moins dans l'impossibilité de contracter mariage, parce que, disait-on, l'ordination a des effets indélébiles, reconnus par la loi. La même jurisprudence prévalut à plus forte raison après la révocation de l'édit de Nantes (1685). C'était la conséquence logique d'un système qui reposait sur l'idée d'une religion d'État ; le pouvoir civil mettait sa force à la disposition du pouvoir spirituel.

Après 1789, un point de vue nouveau prévaut par suite

1. Dans la doctrine, trois opinions se sont fait jour. Les uns disent que l'engagement dans les ordres n'est un empêchement ni dirimant, ni même prohibitif. Voy. en ce sens la remarquable note de M. Labbé, dans Sir. 1878.I.241. D'autres admettent qu'il y a empêchement prohibitif, mais non dirimant. Voy. Aubry et Rau, V, p. 97. D'autres enfin soutiennent qu'il y a empêchement dirimant. C'est la doctrine de la Chambre des requêtes. Cpr. Fœlix, *Revue étrangère et française*, 1838, p. 92.

de la séparation du spirituel et du temporel, par suite de la sécularisation de l'état civil. La violation de la défense établie par la loi canonique n'est plus qu'une affaire de conscience ; la loi civile n'intervient plus. L'ordination est un acte religieux ; ce n'est pas le pouvoir civil qui reçoit les vœux des prêtres; les vœux engagent spirituellement et non civilement. C'est ce qui fut admis sans conteste. La Constitution des 3-14 septembre 1791 contient la règle fameuse : « La loi ne « considère le mariage que comme contrat civil[1] ». Les lois ultérieures[2] vont encore plus loin ; elles portent des peines contre ceux qui s'opposeraient au mariage des prêtres et dispensent les prêtres mariés des peines portées contre ceux qui refuseraient le serment civique. Mesures agressives et manifestement empreintes d'excès ; ne tenant pas compte de la promesse, il ne fallait pas non plus tenir compte de l'oubli de la promesse.

Donc les lois de la Révolution ont aboli les interdictions canoniques auxquelles les Parlements, dans l'ancien droit, ajoutaient la sanction civile. Ces interdictions ont-elles été rétablies ? Là est toute la question.

Depuis sont survenus le Concordat du 23 fructidor an IX, qui a rétabli en France l'exercice du culte, puis la loi du 18 germinal an X, c'est-à-dire les articles organiques du Concordat, enfin le Code civil ; c'est là que doivent être cherchés les éléments de solution. Or, ni le Concordat, ni les articles organiques, ni le Code civil ne contiennent de dispositions directement applicables. On a alors fouillé les travaux préparatoires tant du Concordat que du Code civil et on y a trouvé deux passages, tous deux de Portalis, l'un dans les travaux préparatoires du Concordat, l'autre dans les travaux préparatoires du Code civil. Ces deux passages sont d'accord, mais, dans les termes au moins, ils ne tranchent pas tout à fait la question.

Voici comment s'est exprimé Portalis dans les travaux préparatoires du Concordat : « Pour les ministres que nous con- « servons et à qui le célibat est ordonné par les règlements « ecclésiastiques, la défense qui leur est faite du mariage par

1. Titre II, art. 7.
2. Décrets des 17 décembre 1792, 19 juillet, 29 juillet, 12 août et 17 septembre 1793.

« les règlements n'est point consacrée comme empêchement « dirimant dans l'ordre civil; ainsi leur mariage, s'ils en « contractaient un, ne serait pas nul aux yeux des lois poli- « tiques et civiles et les enfants qui en naîtraient seraient « légitimes. Mais, dans le for intérieur et dans l'ordre reli- « gieux, ils s'exposeraient aux peines spirituelles prononcées « par les lois canoniques[1]. » Voici maintenant comme il s'est exprimé dans les travaux préparatoires du Code civil : « De- « puis que la liberté de conscience est devenue loi de l'Etat, « l'engagement dans les ordres sacrés..., qui, dans l'ancienne « jurisprudence, était un empêchement dirimant, ne l'est « plus..... Ce n'est pas un oubli, c'est un hommage rendu à « la liberté religieuse, c'est une nouvelle reconnaissance du « principe civil du mariage[2]. »

Ainsi Portalis affirme nettement que l'engagement dans les ordres n'est plus un empêchement dirimant. Quelques-uns ont conclu de là qu'il continue d'être un empêchement prohibitif. C'est en effet ce qui résulte des deux passages qui viennent d'être rapportés et l'on ajoute à cet argument la considération suivante. La séparation du spirituel et du temporel, dit-on, n'est pas aussi complète que beaucoup le prétendent. Depuis le rétablissement du culte catholique en l'an IX, la loi civile reconnaît la qualité de prêtre ; elle y attache certains droits comme certaines obligations, par exemple certaines dispenses en matière de service militaire[3] ; quoi d'étonnant à ce qu'elle la reconnaisse aussi quant au mariage? Or, si la loi reconnaît la prêtrise, il n'est pas possible qu'un officier public se prête à un acte qui est la violation d'un engagement reconnu par la loi. Donc l'officier de l'état civil ne doit pas célébrer le mariage, ce qui revient à dire que l'engagement dans les ordres est un empêchement prohibitif.

C'est une doctrine qui a peu de partisans ; elle n'est que transactionnelle. Logiquement, il faut être plus absolu. Ou il faut admettre que le mariage des prêtres n'est plus interdit au point de vue civil, l'empêchement ancien ayant

1. *Discours sur le concordat,* I, p. 43.
2. Fenet, IV, p. 155.
3. Sont renvoyés après un an de présence sous les drapeaux, en vertu de l'article 23, n° 4 de la loi du 15 juillet 1889, « les jeunes gens admis à titre d'élèves « ecclésiastiques à continuer leurs études en vue d'exercer le ministère dans « l'un des cultes reconnus par l'État. »

été levé par les lois postérieures à 1789 et n'ayant jamais été rétabli ; ou bien il faut admettre que l'ancienne prohibition subsiste. C'est tout ou rien ; maintenir l'empêchement comme prohibitif, sans le maintenir comme dirimant, est une doctrine sans fondement juridique, qui ne peut en fait satisfaire personne. Si, dans les travaux préparatoires, l'ancienne interdiction est visée comme empêchement dirimant, c'est qu'elle avait en réalité ce caractère et on la visait avec le caractère qu'elle avait eu jusque-là.

Aussi n'est-ce pas dans cet ordre d'idées et dans ces passages des travaux préparatoires que la Chambre des requêtes a cherché les motifs de sa décision ; la décision contraire pourrait seule y trouver un appui. Elle se fonde sur les articles 6 et 26 de la loi du 18 germinal an X. L'article 26 porte : « Les « évêques ne pourront ordonner aucun ecclésiastique s'il ne « justifie d'une propriété produisant au moins un revenu an- « nuel de trois cents francs, s'il n'a d'ailleurs l'âge de vingt- « cinq ans et s'il ne réunit les qualités requises par les « canons reçus en France. » Donc, dit-on, la loi reconnaît la qualité de prêtre et les canons qui la régissent. L'article 6 à son tour s'exprime ainsi : « Il y aura recours au Conseil « d'Etat dans tous les cas d'abus de la part des supérieurs et « autres personnes ecclésiastiques. Les cas d'abus sont :... « l'infraction aux règles consacrées par les canons reçus en « France. » Donc, dit-on, les prêtres catholiques sont soumis aux canons reçus en France et notamment à ceux qui ont fait de l'engagement dans les ordres un empêchement dirimant, puisque la violation de ces canons donnerait lieu à un recours par voie d'appel comme d'abus.

A cela se réduit l'argumentation de la Chambre des requêtes. L'arrêt de 1878 contient ceci pour tout motif : « Attendu « qu'il résulte des articles 6 et 26 de la loi organique de ger- « minal an X que les prêtres catholiques sont soumis aux « canons qui étaient alors reçus en France, et par conséquent « à ceux qui prohibaient le mariage aux ecclésiastiques en- « gagés dans les ordres sacrés et déclaraient nuls les maria- « ges contractés au mépris de cette prohibition, — attendu « que le Code civil et les lois constitutionnelles ne contien- « nent aucune dérogation à cette loi spéciale..... » C'est une doctrine nette. Le Concordat et les articles organiques ont rétabli le droit de procéder aux actes extérieurs du culte ; la

loi doit donc respecter ces actes, en reconnaître les effets, et ne pas se prêter à ce qui en serait la violation.

Le raisonnement se tient assurément en la forme, mais il est sans valeur au fond. Soit qu'on interprète les articles 6 et 26 de la loi de germinal dans l'esprit qui a présidé à leur rédaction, soit qu'on les prenne à la lettre, ils n'ont ni le sens, ni la portée que la Chambre des requêtes y attache. Voici pourquoi. Le Concordat et les articles organiques ont eu pour but et pour effet de rétablir en France la liberté du culte catholique et de régler les rapports du pouvoir civil avec l'autorité ecclésiastique ; ils ont réouvert les églises et reconnu le clergé ; mais il n'est dit nulle part qu'ils chargent le pouvoir civil de faire respecter la discipline ecclésiastique et les prescriptions canoniques, ce qui est tout différent. Si le Concordat et la loi de germinal rendent aux canons reçus en France leur autorité, c'est en ce sens que le clergé, dans l'exercice des fonctions sacerdotales, ne peut les méconnaître, ce n'est nullement en ce sens que le pouvoir civil doive se charger d'intervenir pour en assurer l'exécution par le prêtre envisagé comme particulier, dans ses rapports avec la loi civile. La preuve est qu'ils en garantissent l'observation par l'appel comme d'abus ; or qu'est-ce que l'appel comme d'abus ? Un moyen de défense donné au pouvoir civil contre les empiétements de l'autorité ecclésiastique. Cela résulte de l'origine de l'appel comme d'abus ; cela résulte non moins des premiers mots de l'article 6 de la loi de germinal, qui suppose l'abus commis par l'autorité ecclésiastique. N'est-ce pas prendre le contrepied de la loi que d'induire de là que le pouvoir civil doit intervenir pour assurer l'exécution des prescriptions de la discipline ecclésiastique ?

Il y a plus. Un an après la loi de germinal, le titre V du Code est décrété. Tous les empêchements au mariage y sont déterminés. De la prohibition canonique il n'est pas question ; non seulement il n'en est pas question, mais plusieurs passages, l'un spécialement de Portalis, constatent qu'il ne doit pas en être question. Comment ne pas conclure de ce silence que l'ancien empêchement n'existe plus ?

Au fond, dans l'argumentation de la Chambre des requêtes, il y a un vice certain, qui est celui-ci. Les lois qui visent la condition du prêtre, qui y attachent des devoirs et quelques droits particuliers, ne sont applicables que si le prêtre

conserve ce caractère ; nulle part il n'est dit que le pouvoir civil ait à intervenir pour le contraindre à respecter l'engagement qu'il a pris. Ce serait contraire, en effet, aux principes fondamentaux du droit public moderne. La loi doit respecter et faire respecter la liberté religieuse ; elle reconnaît certains cultes, leur discipline, leurs rites ; mais elle n'impose à qui que ce soit de se soumettre à l'un d'eux. Donc, quand le prêtre abjure sa foi, le pouvoir civil n'a ni qualité ni compétence pour le contraindre à l'observer. Ce sont là principes certains, et il n'y a pas de texte qui y fasse exception en ce qui concerne le prêtre catholique à propos du mariage. Le prêtre a le caractère de prêtre pour les fidèles et vis-à-vis de lui-même ; au point de vue civil, il peut, comme tout le monde, se réclamer du droit commun. Donc, dans l'ordre civil, la question posée n'existe pas ; le mariage du prêtre peut être un scandale au point de vue de la discipline ecclésiastique, mais il est licite, puisqu'aucun texte ne le défend.

C'est la doctrine qu'a consacrée la Chambre civile dans l'arrêt de 1888. Au point de vue légal, on ne saurait rien ajouter aux considérants de l'arrêt. « Le mariage est permis, « dit la Cour, à toute personne à qui la loi ne l'interdit pas, « et il n'existe ni dans le Code civil ni ailleurs aucune loi qui « l'interdise au prêtre catholique au regard de l'autorité « civile ; ce qui est vrai, c'est que, l'interdiction dont s'agit « se rencontrant dans les canons de l'Eglise reçus en France, « et la loi du 18 germinal an X ayant admis ces mêmes canons « comme règle des rapports entre l'Eglise et l'État, il en « résulte qu'un prêtre catholique ne peut contracter ma- « riage, non seulement sans encourir les peines spirituelles « que croira devoir prononcer contre lui l'autorité ecclésias- « tique, mais encore sans perdre, dans l'ordre civil, les droits, « traitements et prérogatives attachés aux fonctions dont « l'exercice lui aura été régulièrement interdit. » Là se bornent les effets de la loi de germinal, qui, suivant son intitulé, n'est relative qu'à l'organisation des cultes. Elle s'applique donc seulement aux prêtres en tant qu'ils restent prêtres et sont maintenus comme tels ; mais ils ne sont pas pour cela dépouillés de leurs droits d'homme et de citoyen, lesquels se trouvent intacts le jour où ils sortent du ministère ecclésiastique pour rentrer dans le droit commun.

247. IV. Une question analogue à la précédente se pose à propos des vœux monastiques, indépendamment de l'engagement dans les ordres. Les vœux monastiques formaient autrefois un empêchement dirimant ; la loi civile intervenait pour les faire respecter. Qu'en est-il aujourd'hui ?

La loi des 13-19 février 1790 déclare que l'État ne reconnaît plus les vœux solennels. Cette loi n'a jamais été abrogée ; elle subsiste donc et, dès lors, l'empêchement résultant des vœux n'existe plus pour le pouvoir civil.

Cependant une importante particularité doit être notée ; elle résulte d'un décret du 18 février 1807, relatif à l'organisation des congrégations hospitalières de femmes. Les articles 7 et 8 admettent à partir de seize ans des vœux annuels et à partir de vingt et un ans des vœux de cinq ans ; ils prescrivent en outre que l'acte de ces vœux soit reçu par l'officier de l'état civil. Certains auteurs concluent de là que des vœux ainsi faits résulte un empêchement prohibitif[1].

Ce serait une exception bien grave aux principes du droit public. Ce n'est pas pour donner aux vœux une efficacité civile que le décret de 1807 exige l'intervention d'un officier public, mais pour assurer le respect des règles édictées afin d'en atténuer l'abus. La loi permet les vœux ; elle en règle la forme dans certains cas ; ce n'est pas à dire qu'elle se prête à intervenir pour en faire respecter les suites, ce qui serait toute autre chose. Sans compter ce qu'il y a d'excessif à admettre qu'un décret impérial puisse établir un empêchement de mariage[2].

248. Ici prend fin la série des empêchements. Nous touchons au terme du sujet que nous étudions : les qualités et conditions requises pour le mariage. Pour pouvoir se marier, il faut, avons-nous dit, que les conjoints réunissent certaines conditions requises ; il faut en outre qu'ils ne soient dans aucun cas d'empêchement ; il faut enfin que le mariage soit célébré dans la forme voulue.

1. Aubry et Rau, V, p. 98.

2. La controverse qui vient d'être agitée perdra tout intérêt dans l'aveuir. Depuis longtemps, en effet, les officiers de l'état civil s'abstiennent le plus souvent de dresser acte des vœux prononcés ; même, une circulaire du ministre de la justice en date du 9 mars 1888 (*Bulletin officiel du ministère de la justice*, 1895, p. 46) leur interdit de le faire désormais. La circulaire allègue que les prescriptions des articles 7 et 8 du décret de 1807 doivent être considérées comme virtuellement abrogées, à raison de ce qu'elles n'ont pas été reproduites par la loi du 24 mai 1825 sur les congrégations.

§ 3. — De la célébration du mariage.

249. La célébration du mariage fait l'objet des articles 165 à 171, qui forment le chapitre II du titre V : *Des formalités relatives à la célébration du mariage*. Il en faut rapprocher plusieurs dispositions qui sont ailleurs, notamment au titre des actes de l'état civil (articles 63 et suivants) et s'occupent du même sujet.

Il y a dans ces textes beaucoup de détails, utiles à connaître car ils sont d'une pratique journalière, mais qui n'ont pas d'intérêt doctrinal. La lecture des textes suffit le plus souvent et nous n'avons ici qu'à grouper les règles, à signaler le but auquel elles tendent, à dégager enfin quelques notions générales plus importantes qui dominent le sujet.

250. Les formalités du mariage sont de trois sortes. Les unes précèdent le mariage, sont antérieures à la célébration proprement dite ; les autres sont relatives à la célébration même et par suite concomitantes à la célébration ; les troisièmes suivent le mariage, sont postérieures à la célébration. Dans leur ensemble, elles constituent la publicité du mariage. Les formalités antérieures au mariage préparent la publicité en portant le projet de mariage à la connaissance du public ; les formalités de célébration la complètent en portant à la connaissance du public que le mariage a été réellement contracté ; enfin les formalités postérieures l'achèvent en assurant et régularisant la preuve du mariage.

Toutes assurent la publicité, y contribuent. C'est qu'en effet la publicité, en matière de mariage, est considérée comme essentielle et d'ordre public. Elle est exigée dans un double but.

On doit rendre public le projet de mariage, ce à quoi tendent les formalités antérieures, afin d'assurer l'observation des règles relatives aux conditions et empêchements, afin de provoquer, s'il y a lieu, les oppositions alors qu'il en est encore temps.

On doit rendre public le mariage lui-même, ce à quoi tendent les formalités de célébration, parce que, sous plusieurs rapports, les tiers sont intéressés à savoir s'il est réellement intervenu. En effet, du mariage résulte pour les époux un état qui leur confère des droits opposables aux tiers. Ainsi

par exemple la femme mariée devient incapable (article 1124); elle ne peut plus s'engager ni faire aucun acte de la vie civile sans l'autorisation du mari ou de justice (article 217) ; elle peut demander la nullité des actes qu'elle aurait passés sans être autorisée (article 225). C'est là un danger pour les tiers qui traiteraient avec elle ; comment le connaîtront-ils ? Par la publicité du mariage. Ainsi encore la femme mariée acquiert une hypothèque légale sur les immeubles de son mari comme garantie de ses droits et reprises, hypothèque qui lui assure qu'elle sera payée par préférence aux autres créanciers (article 2121); cette hypothèque vaut indépendamment de toute inscription (article 2135) ; comment les tiers seront-ils informés de son existence ? Par la publicité du mariage.

On doit enfin, après le mariage contracté, régulariser et assurer la preuve de la célébration, dans l'intérêt de tous les droits engagés, notamment dans l'intérêt de la famille légitime que le mariage établit.

251. Tel est le but des formalités du mariage dans leur ensemble, soit antérieures à la célébration, soit concomitantes, soit postérieures. Si elles ont été régulièrement accomplies, le mariage, rendu public par elles, est valable de ce chef. Si elles ne l'ont pas été, le mariage est dit clandestin, et la clandestinité, résultant de l'absence ou de l'insuffisance de la publicité, est une cause éventuelle de nullité (article 191). Comme la publicité résulte d'un ensemble d'éléments, c'est une question qui n'est pas sans difficulté de préciser quand elle est suffisante, quand elle cesse de l'être, en un mot quand il y a clandestinité pouvant amener la nullité.

Au point où nous en sommes, nous avons rencontré toutes les causes de nullité ; nous n'en trouverons plus d'autres. Un mariage peut être annulé : 1° à raison de l'absence d'une des conditions prescrites sous cette sanction, c'est-à-dire d'une condition dirimante, — 2° à raison de l'existence d'un empêchement dirimant, — 3° à raison de la clandestinité.

Deux points, dès lors, appellent ici l'attention. Il faut d'abord résumer l'ensemble des formalités tracées par la loi ; il faut ensuite voir dans quelle mesure elles sont vraiment exigées, c'est-à-dire quand leur omission est excusable ou quand elle cesse de l'être, en d'autres termes quand commence la clandestinité.

I. *Formalités qui doivent précéder le mariage.*

252. Elles concernent les publications et les pièces à produire.

D'abord les publications. En quoi consistent-elles ? La réponse est fournie par les articles 62, 64, 65, 94 et 169. Elles consistent dans l'annonce publique faite par l'officier de l'état civil du projet de mariage et dans la rédaction d'un acte de publication qui est inscrit sur un registre spécial : le registre des publications. Il doit être fait deux publications, à huit jours d'intervalle, deux dimanches consécutifs. Dans l'intervalle, un extrait de l'acte reste affiché à la porte de la mairie. On peut être dispensé de la seconde publication par le procureur de la République (arrêté du 20 prairial an XI, article 3). Le mariage n'est possible que trois jours après la seconde publication ou après l'unique publication s'il y a eu dispense de la seconde.

Où les publications doivent-elles être faites ? Les articles 166 à 168 le disent. On les multiplie afin de provoquer partout où cela est nécessaire les renseignements et aussi les oppositions s'il y a lieu. S'il en est fait dans plusieurs localités, les futurs époux doivent remettre à l'officier de l'état civil qui célèbre le mariage un certificat délivré par le maire de chacune des communes où des publications ont été faites et constatant qu'il n'est pas survenu d'opposition (article 69).

Enfin sous quelle sanction sont exigées les publications ? On le voit dans l'article 192, qui édicte des pénalités contre l'officier de l'état civil et contre les parties contractantes. En outre, les publications sont un élément de la publicité et leur absence peut devenir un élément de clandestinité.

253. La seconde formalité qui doit précéder le mariage consiste dans la production de certaines pièces. Ce sont celles qui sont nécessaires pour permettre à l'officier de l'état civil de vérifier si les conditions du mariage sont réunies et pour lui fournir les indications que devra contenir l'acte de mariage. Il faut consulter à cet égard : d'une part les articles 67 à 73 et l'article 1394, d'autre part la loi du 15 juillet 1889 (article 7). La loi du 10 décembre 1850 facilite aux indigents l'obtention des pièces et le décret du 28 décembre 1867 règle ce

qui concerne la légalisation des pièces produites par les étrangers. Il faut signaler en outre un projet de loi sur les formalités civiles du mariage et le mariage des indigents, dont l'adoption par le Sénat et la promulgation paraissent imminentes.

II. *Formalités concomitantes à la célébration ou de célébration.*

254. L'idée générale est que le mariage doit être célébré publiquement (article 165). Pratiquement, cela veut dire qu'il doit être célébré dans la maison commune, autrement dit à la mairie, portes ouvertes et accès laissé libre à tous, en présence de quatre témoins, avec le cérémonial usité, lequel est décrit en détail par l'article 75, au titre des actes de l'état civil.

Enfin il doit être célébré par l'officier de l'état civil compétent, c'est-à-dire par celui du domicile de l'une des parties : c'est là que les époux sont probablement le plus connus, que la célébration contribuera le plus efficacement à la publicité du mariage. La compétence de l'officier de l'état civil est ainsi un élément de la publicité ; d'où l'incompétence est, de son côté, un élément de la clandestinité. C'est bien là le point de vue de l'article 191 : « Tout mariage qui n'a « point été contracté publiquement, et qui n'a point été « célébré devant l'officier public compétent, peut être atta« qué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par « les ascendants, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et « actuel, ainsi que par le ministère public. »

Au titre du domicile, nous avons vu que le domicile qui détermine la compétence peut être, au gré des parties, ou le domicile réel, ou le domicile spécial résultant de six mois de résidence (article 74). Nous n'avons pas à y revenir.

Notons seulement une question, sans grande importance du reste, qui ne présente guère qu'un intérêt de curiosité. La compétence que vise l'article 165 est celle qu'on nomme quelquefois la compétence eu égard aux personnes, par rapport aux personnes qui se marient, *ratione personarum*. Elle suppose que l'officier de l'état civil procède d'ailleurs là où il est compétent *ratione loci*. Or, sous ce rapport, la compétence des officiers de l'état civil est territoriale, autrement dit ils ne peuvent instrumenter que dans leur commune ;

hors de là, ils n'ont pas qualité et ne peuvent plus ceindre l'écharpe. Aussi bien c'est le droit commun pour les officiers publics en général ; ils n'ont qu'une compétence territoriale (article 1317, loi du 25 ventôse an XI, article 6).

On s'est demandé cependant si cette règle ne souffre pas exception en matière de mariage et si un officier de l'état civil, à condition qu'il soit compétent quant aux personnes, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'époux ayant, ou tous deux ou l'un d'eux, leur domicile dans la commune, ne reste pas compétent pour procéder au mariage même hors de la commune, pourvu que ce soit là où le mariage peut être célébré. Ainsi deux personnes veulent se marier, dont l'une est domiciliée à Paris, l'autre à Versailles. Elles peuvent, à leur gré, se marier à Paris ou à Versailles (article 165) ; les officiers de l'état civil des deux domiciles sont également compétents *ratione personarum*. Si elles veulent se marier à Paris, le maire de Versailles peut-il venir procéder au mariage à Paris, ou, si elles veulent se marier à Versailles, le maire de Paris peut-il aller à Versailles ? En d'autres termes l'officier de l'état civil, compétent quant aux personnes, le reste-t-il même en dehors de sa commune ?

D'après les règles du droit commun, les maires et adjoints ne peuvent instrumenter que dans la commune ; leur compétence est territoriale ; en dehors de la commune, ils n'ont pas qualité.

Cependant l'opinion contraire est soutenue ; elle a même été consacrée par un arrêt de cassation qui remonte à 1824[1]. Ce serait une dérogation au droit commun ; la dérogation, aux yeux de ceux qui adoptent cette solution, résulterait du texte de l'article 165 et de la tradition. Du texte d'abord. En effet, l'article 165 reconnaît compétence à l'officier de l'état civil « du domicile de l'une des parties », sans rien exiger de plus. Pourquoi alors cet officier de l'état civil ne procéderait-il pas n'importe où ? La réponse est facile : en rédigeant l'article 165, les auteurs du Code ont sous-entendu les règles du droit commun quant au caractère territorial de la compétence des officiers publics. On invoque ensuite la tradition. En effet, il était admis avant 1792 que le curé du domicile, celui qui était compétent, pouvait procéder au mariage

1. Cass. 31 août 1824, Sir. 1824.I.360.— Cpr. Aubry et Rau, V, p. 115.

même en dehors de la paroisse ; le mariage pouvait être valablement célébré n'importe où, pourvu qu'il le fût *a proprio contrahentium parocho*. N'est-ce pas là ce que l'article 165 reproduit, sauf qu'il tient compte de la substitution de l'officier de l'état civil au prêtre ? La réponse est plus facile encore. Le prêtre, dans l'ancien droit, procédant au mariage, intervenait en vertu d'un caractère inhérent à sa personne, caractère indépendant de toute autre considération, son caractère de prêtre, qu'il a partout ; l'officier de l'état civil, de nos jours, n'intervient qu'en vertu de sa fonction, qui est locale. La situation est vraiment trop différente pour qu'il y ait rien à conclure de la tradition.

III. *Formalités postérieures à la célébration du mariage.*

255. Deux textes s'y réfèrent : l'article 75 dans ses derniers mots et l'article 171.

a) L'article 75 *in fine* prescrit à l'officier de l'état civil, aussitôt après le mariage, d'en dresser acte sur le champ ; c'est l'acte de mariage. Il y a mariage, le mariage est acquis dès que l'officier de l'état civil a déclaré que les parties sont unies ; c'est cette déclaration qui constitue le mariage civil ; à supposer un décès subit survenant dans l'intervalle entre la déclaration et la rédaction de l'acte, le mariage n'en serait pas moins acquis[1]. En effet, l'acte de mariage n'intervient que comme moyen de preuve ; il est distinct du mariage, si bien même qu'il peut y être suppléé. Il rentre toutefois dans la série des formalités du mariage et contribue pour sa part à la publicité ; il est désormais à la disposition de tous, puisque les registres sont publics.

L'article 76 indique ce que l'acte de mariage doit contenir et nous y avons fait allusion bien des fois déjà. Il faut remarquer particulièrement l'alinéa 10, qui exige la mention dans l'acte de mariage d'un élément étranger au mariage, quoique connexe. Les énonciations prescrites par les neuf premiers alinéas ont trait directement au mariage, aux conditions requises, dont les époux doivent justifier et dont l'acte de mariage constate l'existence, afin que l'acte qui prouve le mariage prouve en même temps sa validité. L'énonciation que pres-

1. Montpellier 4 février 1840, Sir. 1840.II.160.

crit l'alinéa 10 a trait non plus au mariage, mais au contrat de mariage, aux conventions matrimoniales relatives aux biens des époux ; l'alinéa 10 veut que l'acte de mariage indique s'il a été fait un contrat de mariage, quelle en est la date et quel est le notaire qui l'a reçu.

C'est une loi postérieure au Code civil, celle du 10 juillet 1850, qui a introduit cette disposition. Elle a voulu par là donner aux tiers intéressés le moyen de savoir si les époux ont fait un contrat de mariage et arriver ainsi à donner une certaine publicité au contrat de mariage. Comme les actes de l'état civil sont publics (article 45), on se sert d'eux pour obtenir indirectement la publicité des contrats de mariage.

Quant à l'intérêt que présente cette publicité, quant aux sanctions par lesquelles l'accomplissement des prescriptions de la loi de 1850 est assuré, nous renvoyons aux articles 1391 et 1394, qui ont plus spécialement trait à cette matière ; ce sont des questions qui se rapportent non au mariage, mais au contrat de mariage.

b) L'article 171 est spécial au mariage contracté par des français à l'étranger : « Dans les trois mois après le retour « du français sur le territoire du royaume, l'acte de célébra- « tion du mariage contracté en pays étranger sera transcrit « sur le registre public des mariages du lieu de son domi- « cile. » Il est bon, en effet, que la preuve du mariage existe officiellement en France, dès lors que l'acte de mariage reçu à l'étranger soit inscrit sur les registres de l'état civil en France et y soit ainsi à la disposition des intéressés.

Cet article a perdu presque toute son importance depuis l'organisation, dont nous avons parlé précédemment, de l'échange international des actes de l'état civil. La règle de l'article 171, qui est spéciale au mariage, est absorbée par la pratique plus générale qui est appliquée à tous les actes de l'état civil.

Tel qu'il est, dans son application spéciale à l'acte de mariage, cet article a donné lieu à une question toujours débattue : celle de savoir sous quelle sanction est exigée la transcription jugée nécessaire. Il suffit de lire le texte pour voir qu'il ne formule expressément aucune sanction, d'où il faut conclure qu'il n'y en a aucune. Par suite, que l'article 171 soit obéi ou non, le mariage contracté à l'étranger n'en sera pas moins valable, n'en produira pas moins tous ses effets,

tant au regard des époux que des enfants à naître et des tiers. La disposition de l'article 171 est simplement comminatoire ; c'est une mesure d'ordre.

On a prétendu que, faute d'obéissance aux prescriptions de l'article 171, le mariage serait non opposable aux tiers par les époux; d'autres ont dit, d'une façon plus générale, que les époux ne pourraient s'en prévaloir en France. Mais où cela est-il dit? D'autre part, comment introduirait-on des déchéances, surtout des déchéances aussi graves, par voie d'induction?

Il n'est pas contestable d'ailleurs que la solution admise soit singulière. La précision de la règle, qui exige la transcription dans un délai fixe de trois mois, semble supposer une sanction précise; à défaut de pareille sanction, la formalité pourra aussi bien être accomplie après les trois mois que pendant ce délai, ce qui est contradictoire avec la règle telle qu'elle est formulée. Mais on ne peut suppléer à la loi quand il s'agit de déchéances à établir ou à admettre.

La seule sanction vraiment appréciable est l'intérêt des époux eux-mêmes, qui, s'ils ne prennent pas soin de faire transcrire l'acte sur le registre de leur domicile, peuvent, à la première occasion, se trouver embarrassés pour établir l'existence du mariage, au lieu que la preuve leur sera facile s'ils ont obéi aux prescriptions de l'article 171; ils n'auront qu'à se faire délivrer un extrait de l'acte transcrit.

Il faut ajouter que l'omission de la formalité prescrite par l'article 171 peut, selon les circonstances, constituer un élément de clandestinité, qui, s'ajoutant à d'autres, exposerait le mariage à être attaqué aux termes de l'article 191.

256. Ainsi, après la célébration du mariage, deux formalités sont prescrites : la rédaction de l'acte de mariage et, dans le cas de l'article 171, la transcription de l'acte. Ce sont les seules formalités prescrites. La remarque n'est pas sans importance, car il en était autrement dans l'ancien droit. Pour que le mariage, même régulièrement célébré, fût valable et opposable aux tiers, il fallait quelque chose de plus que la célébration régulière.

1° Il fallait que le mariage fût consommé par la cohabitation. On peut citer de nombreux exemples de mariages déclarés nuls faute de cohabitation, faute de consommation. Il suffit de rappeler l'étrange et retentissant procès de la fin du

XV[e] siècle, qui amena la nullité du mariage de Louis XII avec Claude de France, fille de Louis XI, plus de vingt ans après la célébration. La politique, il est vrai, ne fut pas étrangère à l'événement ; mais le motif juridique de la nullité fut le défaut de consommation. Rien de pareil n'existe de nos jours.

2° Il fallait que les époux vécussent publiquement comme mari et femme, c'est-à-dire se constituassent la possession d'état d'époux. Il était de règle qu'un mariage tenu secret, eût-il été contracté conformément à la loi, ne produisait pas d'effets civils. C'était un remède à l'insuffisance de la publicité antérieure à la célébration ; les tiers, sans cela, auraient pu être trompés.

Rien de semblable de nos jours. La loi ne contient aucune disposition sur les mariages secrets, c'est-à-dire tenus secrets après qu'ils ont été contractés. Autre chose est donc, en langue juridique, ce qu'on nomme de nos jours mariage clandestin (article 191) : la clandestinité résulte de l'absence des mesures de publicité concernant la célébration ; autre chose est ce qu'on nommait jadis du même nom.

257. Telles sont les formalités du mariage et tel est leur but.

Maintenant, dans quelle mesure sont-elles exigées ? En d'autres termes, quand leur omission est-elle excusable, quand cesse-t-elle de l'être ? Cela revient à savoir où commence la clandestinité ; point important, puisqu'elle est une cause éventuelle de nullité (article 191).

La clandestinité résulte de ce que le mariage n'a pas été célébré publiquement. Seulement y a-t-il clandestinité et en conséquence nullité par cela seul qu'un ou quelques-uns des éléments de publicité font défaut ? Faut-il absolument, sous la sanction de la nullité, que tous soient réunis ? Manifestement non. Ce serait déraisonnable, car la publicité est obtenue par des formalités nombreuses qui se combinent ; elle est complète si ces formalités sont toutes remplies, mais ne disparaît pas par cela seul qu'une ou quelques-unes ne l'auraient pas été, si d'ailleurs les autres l'ont été. D'autre part, pourrait-on impunément et sans risque les négliger toutes et se dispenser d'obéir aux prescriptions légales ? Non, manifestement ; ce serait inadmissible, car la publicité des mariages est exigée au nom d'intérêts sérieux, d'ordre général

et d'ordre privé. La conséquence est qu'il y a lieu de tenir compte des circonstances, en d'autres termes qu'il y a lieu à appréciation. Là où l'on aura agi sans intention de frauder la loi, sans intention d'éluder la publicité, sans dessein de clandestinité, où l'on aura fait ce que les circonstances ont permis ou comportent, le mariage restera valable, y eût-il des lacunes dans les formalités remplies.

C'est raisonnable, car il faut toujours faire la part des nécessités. En outre, c'est légal. L'article 193, sans le dire formellement, le laisse entendre de la façon la plus claire : « Les peines prononcées par l'article précédent seront en- « courues par les personnes qui y sont désignées, pour toute « contravention aux règles prescrites par l'article 165, lors « même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffi- « santes pour faire prononcer la nullité du mariage. » Donc « une ou plusieurs des formalités prescrites peuvent avoir été omises, sans qu'il en résulte nullité, c'est-à-dire sans qu'il en résulte clandestinité.

Où est alors la limite des irrégularités excusables et de celles qui cessent de l'être ? C'est une question d'espèce ; les juges du fait apprécient. Tout ce qu'on peut dire, c'est ceci : là où les omissions, s'il y en a, s'expliquent sans qu'il y ait une pensée de fraude, là où on a fait ce que les circonstances comportent, la publicité, fût-elle incomplète, devra être regardée comme suffisante. D'où la clandestinité, envisagée comme cause de nullité, ne donne lieu qu'à des difficultés de fait.

C'est surtout à propos de mariages *in extremis* que la question s'est présentée. A propos d'eux, en effet, les circonstances peuvent imposer, en quelque sorte, certaines infractions à la loi quant aux formalités et il serait déraisonnable de se montrer rigoureux à l'excès.

Ainsi, les articles 63 et 64 exigent deux publications, sauf dispense de la seconde, deux dimanches consécutifs, et ne permettent le mariage que trois jours après la dernière publication. Une personne, à l'article de la mort, veut se marier, peut-être pour régulariser une situation jusque-là incorrecte, ou pour légitimer des enfants déjà nés et leur donner un nom. Il y a urgence ; l'officier de l'état civil passe outre, sachant d'ailleurs que les conditions du mariage sont réunies, qu'il n'y a aucun obstacle légal ; il passe outre sous sa responsabilité et procède au mariage sans qu'il y ait eu deux

publications, peut-être même sans qu'il en ait été fait aucune. Le mariage sera-t-il annulable pour clandestinité ? Evidemment non.

Ainsi encore, aux termes de l'article 75, le mariage doit être célébré à la mairie. Dans le même cas de mariage *in extremis*, le maire, vu l'impossibilité pour les parties de se rendre à la mairie, célèbre le mariage au domicile du moribond. Y a-t-il nullité ? Non encore. Il est sage et prudent toutefois de provoquer en pareil cas une certaine publicité, de laisser au moins les portes ouvertes.

Ainsi encore, ce qui est plus grave et plus contestable, aux termes de l'article 165, l'officier de l'état civil compétent est celui du domicile des deux parties. Dans le même cas de mariage *in extremis*, le maire de l'endroit où se trouve le moribond, où ni l'une ni l'autre des parties n'est domiciliée, prend sur lui, vu les circonstances qui ne permettent aucun sursis, de procéder au mariage. Y a-t-il nullité ? Non encore.

On peut aussi supposer l'accumulation de plusieurs irrégularités. Dans le cas de mariage *in extremis*, le mariage aura été célébré par un officier de l'état civil incompétent, ailleurs qu'à la mairie, sans publications. Y a-t-il nullité ? Non, si on a fait ce que les circonstances ont permis, si les irrégularités sont dues non à un calcul de clandestinité, mais à des exigences démontrées de situation, si en un mot il y a eu bonne foi. La loi doit être humaine ; elle ne saurait être considérée, quand il ne s'agit que de formalités, comme exigeant l'impossible.

Il résulte de tout cela que la nullité pour cause de clandestinité se sépare, à cet égard, de toutes les autres. Toutes les autres, le défaut d'âge, la bigamie, le défaut d'autorisation de la famille, etc. opèrent sans réserve possible d'appréciation ; celle-ci, à l'inverse, n'opère que sous la réserve de l'appréciation par le juge des circonstances de fait. De là l'article 193, qui suppose que les contraventions quant aux formalités, quoique certaines, peuvent n'être pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité.

258. Il y a deux cas cependant dans lesquels la question de la clandestinité et, par suite, de la nullité possible se pose en termes plus précis, dans lesquels on peut soutenir que le pouvoir d'appréciation du juge disparaît.

259. Le premier cas se présente par application de l'article 170, qui prévoit le mariage contracté par un français en pays étranger. Si le mariage a été contracté entre deux français et devant un agent consulaire, il est probable que la loi aura été observée ; mais la probabilité disparaît si le mariage a été contracté dans les formes du pays. Or, sans distinguer, pour les deux cas par conséquent, l'article 170 s'exprime ainsi : « Le mariage contracté en pays étranger entre fran-« çais, et entre français et étrangers, sera valable, s'il a été « célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il « ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, « au titre des actes de l'état civil, et que le français n'ait « point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre « précédent. » Que le mariage dont il s'agit puisse être valablement célébré dans les formes du pays, c'est l'application de la règle *locus regit actum*. Que la validité du mariage soit subordonnée à l'observation des règles du chapitre I sur les qualités et conditions requises pour le mariage, c'est l'application de l'idée que les lois concernant l'état et la capacité sont de statut personnel. Mais le texte exige en outre que le mariage ait été précédé des publications réglementaires; c'est à propos de cette exigence que la question se pose.

Les publications, dans le système du Code civil, ne sont qu'un des éléments de la publicité ; d'où leur omission n'est pas, à elle seule, une cause de nullité, car, si les autres éléments de publicité sont suffisants, il n'y a pas clandestinité. Mais, dans l'hypothèse spéciale de l'article 170, le défaut de publications ne suffirait-il pas à lui seul pour constituer la clandestinité et motiver la nullité ? C'est soutenable et on l'a soutenu. Nous supposons, bien entendu, qu'il n'existe pas dans l'espèce une autre cause de nullité ; car s'il y avait défaut d'âge, ou bigamie, ou absence d'autorisation dans les cas où une autorisation est nécessaire, la question de savoir si l'absence des publications est une cause de nullité serait sans intérêt, puisque la nullité serait possible pour une autre cause. Mais, en l'absence d'une autre cause de nullité, le défaut de publications, à lui seul, n'en est-il pas une ?

On l'a soutenu, en présentant à l'appui de cette thèse deux considérations. D'abord, a-t-on dit, le texte est formel ; dans le cas prévu, il subordonne la validité du mariage à trois conditions et, parmi elles, à la condition qu'il ait été pré-

cédé de publications ; donc, à défaut de publications, il y a nullité ; les mots *pourvu que* sont impératifs. Ensuite, a-t-on ajouté, cette conséquence, si rigoureuse qu'elle paraisse, ne découle-t-elle pas des règles générales admises en matière de clandestinité ? Quand il s'agit de mariages célébrés en France, les publications ne sont qu'un des éléments de la publicité, d'où leur absence, à elle seule, ne suffit pas pour constituer la clandestinité, si d'autres existent ; mais, quand il s'agit de mariages célébrés à l'étranger, les publications en France deviennent le seul élément possible de publicité, au regard de la loi française ; en leur absence, il y a forcément clandestinité et leur absence suffit par conséquent pour qu'il y ait nullité. C'est ce que signifie l'article 170[1].

Cette interprétation est d'une rigueur bien grande ; quoique littérale, elle ne compte plus que peu de partisans. L'argument de texte n'est pas décisif, car, si on l'admettait, il conduirait à des résultats inadmissibles. En effet, l'article renvoie, en les comprenant sous le même *pourvu que*, qu'on déclare si impératif, à toutes les conditions prescrites au chapitre I ; d'où l'oubli ou l'inobservation d'une quelconque deviendrait une cause de nullité : par exemple, le défaut des actes respectueux, défaut qui, en France, n'est certainement pas une cause de nullité, le deviendrait pour les mariages contractés à l'étranger. De sorte que, pour ces mariages contractés à l'étranger, toutes les conditions seraient exigées à peine de nullité ; tous les empêchements, même ceux qui en France ne sont que prohibitifs, seraient transformés en empêchements dirimants. En vérité pourquoi cela ? Il faudrait plus qu'un texte équivoque dans sa rédaction pour imposer un résultat aussi singulier[2].

Alors, d'autres interprètes, prenant le contrepied, soutiennent que le défaut de publications, même pour les mariages contractés à l'étranger, n'est jamais à lui seul une cause de nullité, de même que pour les mariages contractés en France.

La jurisprudence, après de longs tâtonnements, a écarté ces deux interprétations. D'après elle, l'article 170 n'est qu'une application à un cas particulier, celui des mariages

1. Paris 1er juillet 1861, D. P. 1861.II.137, Sir. 1862.II.71.
2. Voy. Aubry et Rau, V, p. 123, texte et note 19.

célébrés à l'étranger, des règles reçues en matière de clandestinité en général. Par conséquent, le défaut de publications ne vaut clandestinité et n'est une cause de nullité que s'il y a eu, de la part de l'époux, préméditation de faire fraude à la loi française, de soustraire le mariage à la connaissance des intéressés et au contrôle qui se fût exercé sans cela, en d'autres termes si les publications ont été omises dans un dessein et dans un but de clandestinité, pour échapper aux conséquences qu'eût entraînées la publicité donnée en France au projet de mariage. Alors, n'y eût-il aucune autre cause de nullité, le seul défaut de publications en serait une. Par exemple, l'omission a été volontaire. L'époux, âgé de plus de vingt-cinq ans, s'est proposé pour but d'échapper aux remontrances paternelles ou maternelles, d'éviter d'avoir à faire des actes respectueux, d'échapper à une opposition prévue ; il y a eu dessein d'éluder les dispositions de la loi. Le mariage est alors annulable, quoiqu'il n'y ait aucune autre cause de nullité.

Hors de là, si l'omission n'a été que le résultat d'un oubli ou de l'ignorance, si, même volontaire, elle n'a pas eu d'autre motif que l'indifférence en matière de régularité, elle n'est pas une cause de nullité. La jurisprudence est consacrée en ce sens par un grand nombre d'arrêts[1] ; elle est acquise et doit être regardée comme définitive. L'article 170, ainsi compris, est une simple application de l'article 193 : le seul défaut de publications peut devenir une cause de nullité si l'omission a été volontaire et commise avec dessein d'éluder la loi française.

260. L'autre cas dans lequel la question de nullité pour clandestinité se pose en termes plus précis se présente sous l'article 191. Cet article met sur la même ligne, comme causes de nullité, le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier de l'état civil : « Tout mariage qui n'a point été con-« tracté publiquement et qui n'a point été célébré devant « l'officier public compétent, peut être attaqué... » Il est d'accord en cela avec l'article 165, qui réunit lui aussi la publicité et la compétence : « Le mariage sera célébré publi-« quement, devant l'officier civil du domicile de l'une des

1. Cass. 21 février 1866, D. P. 1866.I.278, — Cass. 20 décembre 1875, D. P. 1876.I.157, — Cass. 15 juin 1887, D. P. 1888.I.412, Sir. 90.I.446.

« parties. » Alors surgit la question suivante. La compétence se lie assurément à la publicité, car elle contribue à l'assurer ; mais l'incompétence n'est-elle qu'un élément de la clandestinité, ou bien peut-elle, à elle seule, suffire à motiver la nullité ? En d'autres termes, l'article 191 prévoit-il une seule cause de nullité, complexe dans ses éléments, la clandestinité, ou en prévoit-il deux, de telle sorte que l'incompétence soit, sans appréciation possible, une cause de nullité ?

Il est présumable que les rédacteurs du Code n'ont envisagé la compétence que comme un moyen et un élément de publicité, par suite qu'ils n'ont envisagé l'incompétence que comme un élément possible de clandestinité et ne l'ont dès lors admise comme cause de nullité qu'au même titre que les autres, c'est-à-dire sauf appréciation. Le texte même de l'article 191 le prouve. L'argument est bien banal, bien étroit ; mais c'est une question de pur texte. Le texte dit : « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement *et* qui n'a point été célébré... » La conjonction *et*, qui réunit les deux faits prévus, ne prouve-t-elle pas qu'ils ne constituent à eux deux qu'une seule cause de nullité ? L'argument devient assez fort si on observe que la conjonction *et* a été substituée à la conjonction *ou* qui était dans le projet[1].

L'article 193 conduit manifestement à la même solution : « Les peines prononcées par l'article précédent seront encou-« rues par les personnes qui y sont désignées, pour toute « contravention aux règles prescrites par l'article 165, lors « même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffi-« santes pour faire prononcer la nullité du mariage. » Donc la nullité, même pour cause d'incompétence, est facultative, subordonnée à une appréciation de fait, et l'incompétence peut ne pas être une cause de nullité. Une contravention aux prescriptions de l'article 165 peut être considérée comme insuffisante pour motiver la nullité. Or, si cela se comprend pour la clandestinité, qui est susceptible de plus ou de moins. cela ne se comprendrait pas du tout pour l'incompétence, si elle était à elle seule une cause de nullité, puisqu'elle n'est pas susceptible de plus ou de moins. Elle est ou elle n'est

1. Locré, IV, p. 295.

pas. Dire qu'elle peut, quoique constatée, ne pas entraîner la nullité, c'est dire qu'elle se confond avec les autres éléments de publicité, puisqu'elle peut être compensée par eux. Donc elle ne doit pas être envisagée isolément. C'est, en effet, la solution à laquelle la jurisprudence est arrivée[1].

En résumé, ni l'un ni l'autre des deux cas réservés comme étant peut-être soumis à des règles spéciales ne font exception au droit commun. Dans tous les cas de clandestinité, il n'y a nullité que d'après l'appréciation souveraine du juge.

261. Nous en avons fini avec les conditions et qualités requises pour le mariage, soit au fond, soit en la forme. Poursuivant le plan tracé, nous allons nous occuper des moyens par lesquels l'observation des prescriptions légales sur tous ces points est assurée.

SECTION II. — **Sanction des prescriptions légales quant aux conditions exigées soit au fond, soit en la forme.**

262. C'est l'objet des chapitres III et IV du titre V, dont le premier est relatif aux oppositions, le second aux demandes en nullité de mariage. Nous allons voir, dans ces deux chapitres, se dérouler les conséquences des distinctions faites jusqu'ici sous les chapitres I et II.

En règle générale, aucune des prescriptions ou prohibitions de la loi en matière de mariage n'est simplement comminatoire ; toutes obligent et s'imposent. A toutes par conséquent il existe une sanction. Laquelle?

263. Dans certains cas, quand il y a fraude ou faute caractérisée, la loi frappe les contrevenants, c'est-à-dire soit les parties, soit l'officier de l'état civil, de peines proprement dites. Ainsi l'article 156 frappe l'officier de l'état civil d'amende et d'emprisonnement s'il procède au mariage sans les autorisations de famille exigées. L'article 157 le frappe des mêmes peines quand il y procède sans qu'il y ait eu d'actes respectueux quand ils sont requis. L'article 192 édicte une amende contre l'officier de l'état civil et contre les époux en cas de défaut de publications. L'article 193 en édicte une contre l'officier de l'état civil et contre les parties en cas de défaut des formalités de célébration.

1. Lyon 24 février 1881, D. P. 1881.II.199, Sir. 1883.II.18.

Pourquoi dans ces cas-là seulement et pas dans tous les autres? On n'en voit guère les raisons. Il eût été plus logique et plus simple de prononcer une peine uniforme pour tout manquement aux prescriptions légales.

En dehors du Code civil, l'article 340 du Code pénal prononce la peine des travaux forcés à temps contre les époux bigames et contre l'officier de l'état civil qui sciemment leur a prêté son ministère.

Comme ce sont là des peines, au sens légal du mot, elles ne sont encourues, conformément aux principes du droit pénal, qu'autant qu'il y a eu intention criminelle. L'ignorance et la bonne foi protègent les contrevenants ; aussi ces peines sont-elles d'application rare.

264. En dehors de ces sanctions pénales, si on se place au point de vue civil proprement dit, la loi organise, en outre, un système de mesures, les unes préventives, les autres répressives ; elles sont au nombre de trois.

1° Les officiers de l'état civil sont chargés de veiller à ce que les conditions exigées, tant de fond que de forme, soient remplies. Ils doivent s'en assurer sous leur responsabilité. Dès qu'ils savent, soit par eux-mêmes, soit par les renseignements portés à leur connaissance (avis officieux ou dénonciations), ou bien qu'une condition fait défaut, ou bien qu'il existe un empêchement, ou bien que les formalités qui doivent précéder le mariage n'ont pas été exactement remplies, ils doivent se refuser à procéder au mariage.

Le premier venu, parent ou étranger, peut donner des avis de ce genre, sauf la responsabilité du droit commun (article 1382) s'il y a eu malveillance ; le ministère public le peut incontestablement, car il est chargé de veiller à l'exécution des lois, de la poursuivre d'office dans les dispositions qui intéressent l'ordre public (loi du 21 avril 1810, article 46). L'avis est donné dans n'importe quelle forme, par écrit ou verbalement. S'il émane du ministère public, l'avis vaut ordre, puisque les officiers de l'état civil sont, comme tels, sous la surveillance du parquet. Dans les autres cas, l'officier de l'état civil tient des avis qui lui sont donnés tel compte que de raison ; il doit, sous sa responsabilité, vérifier l'exactitude des renseignements transmis et en tenir tel compte qu'il juge opportun ; sauf aux parties, en cas de refus non justifié, à faire ordonner par justice à l'officier de l'état civil qu'il sera

procédé au mariage. L'instance s'engage alors entre les futurs époux ou l'un d'eux et l'officier de l'état civil en cette qualité.

2° Toujours dans le but d'assurer l'exacte observation des prescriptions ou prohibitions légales, la loi confère à certaines personnes le droit de former préventivement opposition au mariage. De là le chapitre III du titre V (articles 172 à 179).

3° Dans les cas les plus graves, la loi ouvre l'action en nullité de mariage ; c'est la sanction extrême. De là le chapitre IV du titre V (articles 180 à 202).

Arrêtons-nous séparément sur ces deux sujets : les oppositions et les nullités.

§ 1. — Des oppositions au mariage.

265. Les articles 172 à 179 sont relatifs à cet objet. Ces articles renferment des dispositions mal conçues, dont l'application conduit à des résultats singuliers.

En la forme, l'opposition est un acte d'huissier, signifié aux parties et à l'officier de l'état civil, portant défense à celui-ci de procéder à la célébration du mariage annoncé.

Sur l'opposition, si elle est d'ailleurs régulière, l'officier de l'état civil doit surseoir jusqu'à ce qu'on lui ait remis la mainlevée de l'opposition. L'article 68 dit à ce propos : « En « cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne pourra célébrer « le mariage avant qu'on lui en ait remis la mainlevée, sous « peine de trois cents francs d'amende et de tous dommages-« intérêts. » L'instance en mainlevée s'engage alors, non plus, comme au cas de refus de l'officier de civil de procéder au mariage, avec l'officier de l'état civil, qui est lié par l'opposition, mais entre le futur époux et l'opposant, défendeur à la demande en mainlevée. S'il y a eu malveillance et qu'il en soit résulté un préjudice, l'article 179 porte : « Si l'oppo-« sition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les « ascendants, pourront être condamnés à des dommages-« intérêts. »

S'il existe réellement une cause mettant obstacle au mariage, comme l'absence d'une condition, l'existence d'un empêchement, le défaut de publications, la voie de l'opposition est légitime en même temps qu'utile ; c'est le moyen d'empê-

cher un mariage qui ne doit pas être célébré. Mais, d'autre part, aux mains de la malveillance, l'opposition peut devenir une arme dangereuse ; retarder un mariage, par méchanceté ou tracasserie, ne fût-ce que de quelques jours, le temps qu'exigera l'instance en mainlevée, c'est souvent le faire manquer. Aussi, tout en reconnaissant le droit d'opposition, la loi en règle rigoureusement l'exercice, afin, dans la mesure où cela est possible, d'en permettre l'usage et d'en empêcher l'abus.

Dans ce dessein, la loi arrête d'abord quelles personnes ont qualité pour faire opposition (articles 172 à 175). Ce sont seulement celles qui ont un motif personnel d'arrêter le mariage projeté (article 172), ou qui ont charge d'exercer sur le futur époux quelque pouvoir d'autorité, de direction, ou au moins de contrôle : les ascendants (article 173), quelques collatéraux (article 174), le tuteur ou le curateur (article 175). Il n'y a pas de danger à limiter ainsi le nombre des personnes pouvant faire opposition ; en effet, s'il y a vraiment empêchement, tous autres que ceux qui ont qualité pour agir peuvent adresser à l'officier de l'état civil un simple avis officieux et l'officier se gardera de passer outre si l'avis repose sur un fondement sérieux.

La loi arrête en second lieu dans quelle forme l'opposition doit être faite. Il faut consulter à cet égard les articles 176 à 178, qui contiennent aussi quelques règles relatives à l'instruction et au jugement des demandes en mainlevée d'opposition.

La loi arrête enfin quelles conséquences l'opposition entraîne (article 68). Ces trois sujets sont réglés d'une façon restrictive et limitative.

266. Il importe en effet de noter, ce qui est de grande importance au point de vue pratique, que l'opposition, qui consiste dans une défense signifiée par huissier, défense devant laquelle l'officier de l'état civil doit s'arrêter, diffère essentiellement de l'avis ou dénonciation dont il était question tout à l'heure. L'opposition proprement dite et le simple avis officieux viennent de la même cause : un obstacle réel ou supposé au mariage ; ils visent le même but : empêcher que le mariage ne soit célébré, c'est-à-dire éviter une irrégularité ; mais ils procèdent tout différemment. Il y a entre eux quatre différences.

1° Tout le monde peut utilement donner avis d'un empê-

chement, le dénoncer, sauf le danger d'encourir une responsabilité ; au contraire, l'opposition proprement dite n'est permise qu'à certaines personnes.

2° L'avertissement peut être transmis dans n'importe quelle forme, par écrit ou verbalement ; l'opposition n'est valable que si elle est régulièrement formée par acte d'huissier (article 176).

3° L'officier de l'état civil peut tenir de l'avis tel compte qu'il juge bon, sous sa responsabilité ; il doit forcément surseoir, en présence d'une opposition, jusqu'à ce que la justice ait statué ; c'est un sursis forcé (articles 67 et 68).

4° L'opposition, et cette différence est fondamentale, met en présence les futurs conjoints et l'opposant, car l'officier de l'état civil, forcé de s'abstenir aux termes de l'article 68, disparaît ; c'est contre l'opposant, s'il y a lieu, que doit être formée la demande en mainlevée. L'avis, au contraire, qui n'a d'effet que si l'officier de l'état civil fait sien le motif allégué, met en présence les futurs époux et l'officier de l'état civil ; c'est contre celui-ci que les futurs époux doivent agir s'ils veulent le contraindre à procéder à la célébration.

Donc, autre chose est l'avertissement, l'avis, la dénonciation, autre chose l'opposition proprement dite, l'opposition officielle valant défense efficace de célébrer le mariage. Les articles 172 et suivants du Code civil s'appliquent seulement à l'opposition proprement dite, laissant de côté les simples avis, auxquels il faut recourir toutes les fois qu'on n'est pas dans les conditions que ces articles précisent ; c'est pour cela que les textes sont mal conçus et amènent des résultats singuliers : ils traitent seulement une partie du sujet.

267. Ces remarques faites, il n'y a plus dans le chapitre III que des prescriptions réglementaires ; les difficultés que les textes font naître n'ont pas une importance doctrinale considérable et il suffit d'en présenter une rapide analyse.

I. *Quelles personnes peuvent faire opposition.*

268. Le droit de faire opposition est reconnu seulement à ceux qui ont un motif personnel de mettre obstacle au mariage et à ceux qui ont un pouvoir d'autorisation ou de direction sur l'un des époux.

269. Ce sont d'abord les ascendants : « Le père, dit l'arti-

« cle 173, et à défaut du père la mère, et à défaut de père et « mère les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au « mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-« ci aient vingt-cinq ans accomplis. »

Les ascendants sont donc admis à faire opposition au mariage de leurs descendants dans l'ordre où la loi les appelle à consentir au mariage, ou au moins à donner un conseil. La mère ne peut intervenir qu'à défaut du père ; si le père existe, la mère ne peut pas former opposition, même dans le cas où elle n'aurait pas été consultée ; elle peut seulement donner un avis à l'officier de l'état civil. C'est une solution singulière. On a même jugé que le père peut faire une opposition en la motivant sur ce fait que la mère n'a pas été consultée ; mais la mère ne peut pas personnellement faire opposition pour ce motif.

Aux mains des ascendants, le droit d'opposition ne présente guère de danger ; il n'est pas présumable que la malveillance seule les fasse agir ; il y aura toujours quelque raison à leur résistance. Aussi le droit leur est accordé de la manière la plus large. Il leur appartient quel que soit l'âge du futur époux, même s'il est majeur quant au mariage, et la majorité quant au mariage est acquise à vingt-un ans pour les filles, à vingt-cinq ans pour les fils (article 173). Ils peuvent l'exercer sans énoncer les motifs de leur opposition dans l'acte d'opposition (article 176), sauf bien entendu à les donner au tribunal saisi d'une demande en mainlevée de l'opposition ; l'opposition n'a de valeur, en effet, et ne doit être maintenue que si elle est fondée sur l'absence d'une condition ou sur l'existence d'un empêchement légal et les tribunaux n'ont, en dehors des causes limitativement déterminées par la loi, aucun pouvoir d'appréciation sur la valeur de l'opposition formée [1] ; sans cela, le droit d'opposition équivaudrait au droit d'autoriser le mariage, qui est chose très différente. Enfin les ascendants qui font opposition ne sont jamais, quoi qu'il arrive, condamnés à des dommages-intérêts : « Si l'opposition est rejetée, dit l'article 179, les oppo-« sants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être « condamnés à des dommages-intérêts. »

Cela revient à dire que le droit d'opposition des ascendants

1. Cass. 30 juin 1879, Sir. 1879.I.416.

est un dernier moyen d'action donné à leur influence légitime. La volonté des futurs époux peut être ébranlée par une résistance énergique ; la crainte du scandale peut les arrêter. Enfin l'opposition n'est pas inutile même quand il est certain d'avance qu'elle n'empêchera pas le mariage ; elle impose au moins un sursis, un temps de réflexion forcée avant la résolution finale.

270. L'opposition présente un caractère bien différent aux mains des autres personnes qui sont admises à la former. Elles n'y sont admises que dans des cas déterminés (article 175) ; elles doivent énoncer les motifs de l'opposition dans l'acte même d'opposition (article 176) ; enfin, elles peuvent être condamnées à des dommages-intérêts en cas de rejet de l'opposition (article 179).

Ces personnes, aux mains desquelles l'opposition présente un caractère si différent de celui qu'elle a aux mains des ascendants, sont les suivantes.

1° Le conjoint, c'est-à-dire la personne qui se prétendrait mariée avec une des deux parties. « Le droit de former op- « position à la célébration du mariage, dit l'article 172, ap- « partient à la personne engagée par mariage avec l'une des « deux parties contractantes. » La question s'est posée de savoir si le mari divorcé peut faire opposition au mariage que son ancienne épouse voudrait contracter avant l'expiration des dix mois de l'article 296. D'autre part, le conjoint divorcé pourrait-il faire opposition au mariage que son ex-conjoint voudrait contracter avec le complice de l'adultère qui a été la cause du divorce (article 298) ? La solution négative doit être admise. Le mari, dans le cas de l'article 296, l'ex-conjoint, dans le cas de l'article 198, n'ont plus un intérêt personnel. Puis l'article 172 ne confère le droit d'opposition qu'à la personne « engagée par mariage avec l'une des deux « parties contractantes » ; or le mariage est dissous dans les deux hypothèses qui viennent d'être indiquées et l'article 172 doit être interprété d'une façon restrictive. Il reste d'ailleurs au mari, à l'ex-conjoint, la ressource de dénoncer les faits à l'officier de l'état civil par un simple avis, à défaut du droit de former une opposition proprement dite. Le système est bizarre, mais il est légal ; il ne se comprend que par le rapprochement de l'opposition proprement dite avec l'avis officieux.

2° Le droit d'opposition appartient en outre à certains collatéraux : « A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, « l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, ma« jeurs, ... peuvent former ... opposition ... » Le droit d'opposition leur appartient conjointement, sans ordre hiérarchique entre eux ; mais ils n'ont ce droit que dans deux cas : « Le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la « cousine germains, majeurs, ne peuvent former aucune « opposition que dans les deux cas suivants : 1° lorsque le « consentement du conseil de famille, requis par l'article 160, « n'a pas été obtenu, — 2° lorsque l'opposition est fondée « sur l'état de démence du futur époux ; cette opposition, « dont le tribunal pourra prononcer mainlevée pure et sim« ple, ne sera jamais reçue qu'à la charge par l'opposant de « provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai « qui sera fixé par le jugement. »

Dans le premier cas, il est difficile d'apercevoir comment les collatéraux peuvent avoir à intervenir. En effet, l'autorisation du conseil de famille, dans les cas où elle est requise par l'article 160, est une condition d'aptitude ; le futur conjoint doit par conséquent justifier qu'elle est remplie en produisant les pièces nécessaires. Comment alors supposer que les collatéraux aient à faire opposition de ce chef ? Leur opposition ne peut se comprendre que dans l'une des hypothèses suivantes. Ou bien le futur conjoint a trompé sur son âge l'officier de l'état civil : il s'est fait passer pour majeur et a présenté un acte de décès de ses ascendants, d'où résulte qu'il n'a pas besoin d'autorisation ; l'hypothèse n'est guère vraisemblable, car l'officier de l'état civil doit se faire remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux (article 70), ce qui lui permet aisément d'apercevoir qu'il est en face d'un mineur. Ou bien le futur conjoint a induit en erreur l'officier de l'état civil en lui présentant un faux acte d'autorisation du conseil de famille ; l'hypothèse est encore peu vraisemblable, car ce serait un faux en écriture publique, exposant à des peines que le futur conjoint hésiterait à encourir. L'hypothèse la plus pratique est celle où le conseil de famille, après avoir autorisé, change d'avis, auquel cas la voie de l'opposition reste seule ouverte pour empêcher que le futur conjoint n'abuse de l'autorisation retirée.

Dans le second cas il est plus facile d'apercevoir comment

les collatéraux peuvent avoir à intervenir. Si le futur conjoint est majeur, il peut se marier sans aucune autorisation; alors l'opposition est le seul moyen de mettre obstacle au mariage pour cause de démence. Si le futur conjoint est mineur, l'intervention des collatéraux se comprend moins bien, car il ne peut se marier sans justifier au préalable d'une autorisation, qui lui aura été refusée s'il est en état de démence. On peut supposer toutefois que l'autorisation, d'abord donnée, est ensuite retirée; l'utilité de l'opposition est alors évidente.

Tels sont les seuls cas où les collatéraux indiqués par l'article 174 peuvent former opposition. Ce sont des cas peu importants, presque problématiques; en dehors d'eux, les collatéraux n'ont pas d'autre ressource que de donner un simple avis à l'officier de l'état civil. Il est remarquable que les collatéraux n'ont pas le droit d'opposition dans les cas où précisément l'obstacle au mariage a une importance particulière, par exemple dans le cas où il existe un empêchement dirimant. Cette bizarrerie des dispositions de la loi ne présente d'ailleurs qu'un mince inconvénient. En effet, lorsqu'il existe un empêchement dirimant, l'officier de l'état civil, averti officieusement, s'abstiendra sans aucun doute de procéder au mariage; le véritable droit d'opposition, valant défense à l'officier de l'état civil de procéder au mariage, n'est vraiment utile que dans les hypothèses où il n'est pas certain que l'officier de l'état civil s'arrêterait en présence d'un simple avis. Il faut remarquer enfin que les collatéraux indiqués par l'article 174 sont, avec les ascendants, les seuls parents à qui appartienne le droit d'opposition. Ce droit n'appartient pas aux enfants du futur conjoint: le devoir de déférence, qui est un devoir légal, suffit à l'expliquer; il n'appartient pas davantage aux neveux du futur conjoint et à ses cousins au delà du degré de cousins germains. Le droit d'opposition fait donc défaut à bien des parents proches; mais ceux-ci ont toujours la ressource de s'adresser à l'officier de l'état civil par voie de simple avis; le rapprochement de l'opposition proprement dite et de l'avis officieux se retrouve ainsi presque à chaque pas.

3° Le droit d'opposition appartient quelquefois au tuteur ou au curateur du futur conjoint: « Dans les deux cas prévus « par le précédent article, le tuteur ou curateur ne pourra,

« pendant la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition « qu'autant qu'il y aura été autorisé par un conseil de famille « qu'il pourra convoquer. » Le tuteur dont parle le texte ne peut être que celui d'un mineur ; ce ne peut être le tuteur d'un majeur interdit ; en effet, ce tuteur n'est admis à former opposition que dans les cas énoncés par l'article 174 et les deux causes d'opposition prévues par cet article ne peuvent s'appliquer au majeur interdit. La première de ces causes est le défaut du consentement requis par l'article 160 ; or ce texte ne vise que le consentement nécessaire aux fils et filles mineures de vingt-un ans. La seconde cause est la démence du futur époux et cette démence ne peut être alléguée comme motif d'opposition que si l'opposant provoque ensuite l'interdiction, ce qui exclut le cas où l'interdiction aurait été déjà prononcée. L'article 175 n'est donc pas applicable au tuteur de l'interdit ; celui-ci n'est pas recevable à former une opposition proprement dite au mariage de son pupille, mais il lui reste la ressource de donner un avis officieux à l'officier de l'état civil. La même ressource appartient au tuteur du mineur dans les cas où l'article 175 ne lui confère pas le droit de former une opposition proprement dite.

4° C'est une question de savoir si le ministère public possède le droit d'opposition. L'intérêt pratique en est mince, car les officiers de l'état civil sont sous la surveillance hiérarchique du ministère public ; si donc le droit d'opposition n'appartient pas à celui-ci, un simple avis donné par lui sera un ordre véritable et produira le même effet qu'une opposition proprement dite. On peut supposer cependant qu'un officier de l'état civil refuse d'obéir ; le procureur de la République peut-il alors former opposition ? On l'admet en pratique. Sans doute aucun article du chapitre III ne reconnaît le droit d'opposition au ministère public et l'énumération des personnes à qui ce droit est conféré est limitative ; mais l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 charge le ministère public de poursuivre d'office l'exécution des dispositions qui intéressent l'ordre public ; le droit d'opposition résulte suffisamment de ce texte. D'ailleurs, si le ministère public ne pouvait former opposition, il y a des cas où aucune opposition ne pourrait se produire. Tel est le cas de l'article 296 : « La femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que « le divorce sera devenu définitif. » Si la femme est majeure

et n'a pas d'ascendants pouvant former opposition, elle pourra se marier avant l'expiration des dix mois sans qu'aucune opposition soit possible ; c'est d'autant plus choquant que l'inobservation de l'article 296 n'est pas une cause de nullité du mariage, mais seulement une cause d'opposition ; l'article resterait lettre morte si le ministère public n'avait pas le droit d'opposition. Tel est encore le cas des articles 295 et 298 ; à défaut d'ascendants, les collatéraux et l'ex-conjoint ne pouvant pas former opposition, la seule sanction possible des règles posées par ces articles réside dans l'opposition du ministère public.

II. *Formes de l'opposition.*

271. L'avis officieux, la simple dénonciation d'un empêchement, n'est soumise à aucune forme spéciale et l'officier de l'état civil en tient tel compte que bon lui semble. Il en est autrement de l'opposition proprement dite, qui impose de surseoir à la célébration du mariage et nécessite l'intervention de la justice.

Sous un rapport, la loi facilite les oppositions : elles peuvent être formées partout où des publications ont été faites. Aussi, quand les publications ont été faites dans plusieurs communes, les parties doivent justifier qu'il n'a point été formé d'opposition, en produisant un certificat délivré par l'officier de l'état civil de chacune des communes où des publications ont été faites (article 69).

Sous un autre rapport, la loi se montre rigoureuse et entrave l'exercice du droit d'opposition. Elle exige que celui qui forme l'opposition en assume directement la responsabilité, dans la crainte que le droit d'opposition ne soit employé d'une façon malveillante. Elle veut que l'opposition se produise dans un acte ostensible, afin qu'il n'y ait nul doute sur celui qui l'a formée ; elle veut que l'opposant indique en quelle qualité il fait opposition et quels sont les motifs allégués à l'appui de l'opposition. La publicité fera redouter à l'opposant le blâme de l'opinion, si l'opposition n'est pas fondée, et cela l'arrêtera toutes les fois qu'il n'aura pas de raison sérieuse à invoquer.

L'article 66 veut que l'opposition soit faite par acte d'huissier et signifiée d'abord au futur époux, puis à l'officier de

l'état civil qui a reçu l'une des publications. L'original et les copies de l'acte d'opposition doivent être signés et revêtus du visa de l'officier de l'état civil. Celui-ci, aussitôt la signification reçue, doit inscrire l'opposition sur le registre des publications de mariage (article 67) ; une fois inscrite, l'opposition existe. L'article 176 indique ce que doit énoncer l'acte d'opposition. Il doit énoncer la qualité qui donne au requérant le droit de faire opposition : en effet, tout le monde n'a pas ce droit ; il doit énoncer les motifs de l'opposition, à moins que l'opposant ne soit un ascendant : ce sera ou bien l'absence d'une condition, ou bien l'existence d'un empêchement ; enfin, l'acte doit contenir élection de domicile dans le lieu où le mariage sera célébré.

Toutes ces prescriptions doivent être obéies à peine de nullité et d'interdiction de l'huissier. Toutes ont pour objet d'empêcher qu'il soit fait un abus malveillant du droit d'opposition.

III. *Effets de l'opposition.*

272. A l'inverse du simple avis, dont l'officier de l'état civil tient tel compte que bon lui semble, l'opposition met obstacle à ce que l'officier de l'état civil célèbre le mariage ; il est obligé de surseoir jusqu'à ce que l'opposition soit levée. La sanction de cette obligation est indiquée par l'article 68 : « En « cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne pourra célébrer « le mariage avant qu'on lui en ait remis la mainlevée, sous « peine de trois cents francs d'amende et de tous dommages-« intérêts. » Il n'y a pas d'autre sanction. Le fait d'avoir passé outre aux oppositions n'entraîne pas la nullité du mariage, à moins que les causes de l'opposition ne fussent de nature à déterminer cette nullité ; mais ce sont alors ces causes elles-mêmes qui déterminent la nullité, ce n'est pas le fait que le mariage a été célébré avant la mainlevée de l'opposition.

La mainlevée peut être volontaire ; elle consiste alors dans le désistement de l'opposant ; c'est, par exemple, un ascendant qui voit que l'opposition faite est sans influence sur le futur conjoint et qui la retire faute d'avoir une raison légale à en donner. La mainlevée volontaire supprime l'obstacle devant lequel l'officier de l'état civil était contraint de s'arrêter, mais l'opposition conserve la valeur d'un simple avis,

en présence duquel l'officier est libre de s'arrêter s'il croit à l'existence d'un empêchement.

Si l'opposant ne se désiste pas, le futur conjoint peut demander aux tribunaux de prononcer la mainlevée, qui est dite alors judiciaire. La loi veut qu'il lui soit facile de le faire et c'est à quoi tendent les deux règles suivantes. D'abord l'opposant doit, dans l'acte même d'opposition, faire élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré (article 176) ; le futur conjoint assigne l'opposant au tribunal de ce lieu, ce qui est une facilité, car le tribunal du domicile réel du défendeur est peut-être fort éloigné. D'autre part, les articles 177 et 178, afin d'éviter au futur conjoint une trop longue incertitude, exigent qu'il soit statué dans les dix jours sur la demande en mainlevée, soit en première instance, soit en appel[1].

273. Tels sont les effets de l'opposition, du moins quand elle est régulière en la forme. Mais on peut supposer qu'elle est irrégulière, ou bien parce que l'opposant n'a pas qualité pour la faire, ou bien parce que les formes légales n'ont pas été observées. Si le mariage a été célébré au mépris de l'opposition irrégulière en la forme, il n'y aura certainement pas là une cause de nullité. Si l'opposition irrégulière révèle l'existence d'un empêchement, l'officier de l'état civil s'arrêtera de lui-même, comme il le fait et doit le faire toutes les fois qu'il a connaissance d'un empêchement, de quelque manière que ce soit. Mais l'officier de l'état civil est-il obligé de surseoir en présence d'une opposition irrégulière? Pareille opposition peut-elle donner lieu à une demande en mainlevée, ou bien a-t-elle seulement la valeur d'un simple avis, d'une dénonciation officieuse ?

La pratique est, à cet égard, en désaccord avec la loi. En droit, l'opposition irrégulière doit être regardée comme n'existant pas ; l'article 176 subordonne la validité de l'oppo-

1. Au point de vue de la procédure, les demandes en mainlevée d'opposition font naître une difficulté très grave. Elle se rapporte au pourvoi en cassation. Ni le délai du pourvoi ni le pourvoi lui-même ne sont suspensifs ; l'exécution peut commencer pendant le délai du pourvoi et même après qu'il a été formé (Garsonnet, *Précis de procédure*, 2e édit., p. 492, n° 549). On peut supposer que la Cour d'appel a levé l'opposition ; l'officier de l'état civil ne peut plus refuser de procéder au mariage, alors même qu'un pourvoi aurait été formé contre l'arrêt. Si l'arrêt vient ensuite à être cassé, le mariage, valablement célébré, n'en restera pas moins acquis. Voy. Laurent, *Principes*, II, p. 521 et suiv., — Rouen 7 décembre 1859, D. P.1861.V.308, Sir.1860.II.589.

sition à certaines conditions ; là où les conditions ne sont pas remplies, il n'y a pas opposition. Si donc l'officier de l'état civil refuse de procéder à la célébration du mariage, il le fait à ses risques et périls, comme quand il s'agit d'un simple avis ; si la justice constate l'irrégularité de l'opposition et l'insuffisance des motifs allégués, l'officier de l'état civil est passible de dommages-intérêts envers les parties. Voilà le droit.

En fait, les officiers de l'état civil ont coutume de surseoir à la célébration des mariages toutes les fois qu'une opposition se produit, régulière ou non. C'est qu'un officier de l'état civil est rarement capable de contrôler la validité de l'opposition qui lui est signifiée ; comment un maire de campagne apprécierait-il si l'opposition est faite dans les formes voulues, par une personne ayant qualité et pour une cause légale ? Il serait bien rigoureux que les officiers de l'état civil fussent contraints de faire une pareille appréciation à leurs risques et périls, alors qu'ils sont passibles d'une amende de trois cents francs quand ils célèbrent un mariage au mépris d'une opposition valable. Aussi on admet que l'officier de l'état civil n'a pas qualité pour contrôler la validité des oppositions qui lui sont signifiées ; il doit surseoir jusqu'à ce qu'un jugement intervienne, de sorte qu'une opposition irrégulière a le même effet qu'une opposition régulière.

Le résultat est singulier, comme le sont la plupart des règles relatives aux oppositions. C'est une matière qui a été mal conçue par le législateur ; il y a des lacunes certaines et des non-sens dans les règles établies. Tous ces défauts proviennent d'une cause unique. Etant donné que toute personne peut dénoncer officieusement à l'officier de l'état civil les obstacles qui s'opposent à un mariage, il fallait séparer nettement le simple avis de l'opposition proprement dite ; la distinction n'a pas été faite et c'est la cause de la perpétuelle équivoque, des incohérences qu'amènent les articles 172 à 179.

§ 2. — Des nullités de mariage.

274. Les nullités de mariage sont traitées dans le chapitre IV (articles 180 à 202), dont l'importance est grande. Deux questions se posent à ce sujet : 1° Dans quels cas y a-t-il nullité ou quelles sont les causes possibles de nullité ? — 2° Quels sont les effets et les suites de l'annulation prononcée ?

I. *Quelles sont les causes de nullité?*

275. Nous n'avons plus à le dire ; elles ressortent suffisamment des distinctions précédemment faites. Les prescriptions ou prohibitions de la loi, en matière de mariage, obligent toutes, mais toutes n'obligent pas avec la même rigueur ; quelques-unes seulement sont imposées sous peine de nullité. En énumérant les conditions, soit de fond soit de forme, nous avons noté celles qui, plus particulièrement nécessaires, sont exigées à peine de nullité, celles qui sont essentielles ou dirimantes. En énumérant les empêchements, nous avons également noté ceux qui, plus particulièrement graves, sont admis comme dirimants. Pratiquement, la distinction se fait sans peine: les seules prescriptions ou prohibitions imposées à peine de nullité sont celles qui sont relevées au chapitre IV du titre V.

L'annulation d'un mariage est une chose des plus graves. Elle trouble profondément la famille ; elle compromet le sort des époux et en outre celui des enfants; elle est presque toujours une occasion de scandale ; elle ne doit dès lors être prononcée que si la règle méconnue est vraiment d'ordre public, c'est-à-dire qu'autant que la loi attache formellement la nullité à l'oubli de ses prescriptions. C'est une règle indiscutée qu'une nullité de mariage ne peut être prononcée que par application d'une disposition formelle, à la requête de ceux que la loi autorise à la demander.

Appliquant cette règle, nous allons classer les causes de nullité. Elles sont de trois sortes : nullités substantielles, nullités absolues, nullités relatives. Toutes les difficultés et questions qui s'élèvent en cette matière (elles sont nombreuses et il y en a de très délicates) ont leur origine dans cette classification, dans la portée des termes employés pour la faire.

Sur chaque espèce de nullités, il y a trois choses à savoir: qui peut invoquer les nullités de cette espèce, comment elles opèrent et si elles peuvent ou non se couvrir.

276. Il y a nullité dite substantielle en cas d'absence de l'une des conditions dites elles-mêmes substantielles parce qu'elles sont impliquées par la nature même de l'acte et que, sans elles, le mariage ne se comprend pas. Ces conditions sont:

1° le consentement des époux, puisque le mariage est un contrat, — 2° l'intervention d'un officier de l'état civil, puisque le mariage résulte de la déclaration d'union faite par lui, — 3° la différence des sexes. Il y a donc nullité substantielle pour absence de consentement, par exemple en cas de démence caractérisée, pour défaut d'intervention d'un officier de l'état civil, pour identité de sexe ou défaut de sexe déterminé.

Ce qui caractérise ces nullités et leur vaut leur qualification, c'est qu'elles sont impliquées par la nature même de l'acte, tellement qu'elles s'imposent même dans le silence de la loi ; la loi les suppose forcément à raison de leur nécessité même. De fait, ces trois nullités ne sont pas relevées dans le chapitre IV ; mais les conditions substantielles ne le sont pas davantage dans le chapitre I, sauf le consentement, visé par l'article 146 ; elles sont, elles aussi, sous-entendues et le silence aux deux endroits s'explique de la même manière : ce qui est substantiel est toujours naturellement sous-entendu.

277. Il y a nullité dite absolue dans quatre cas.

1° A défaut de l'âge requis. La puberté est une condition dirimante ; l'impuberté est une cause de nullité absolue.

2° En cas de bigamie, quand le mariage a été célébré avant la dissolution d'un mariage antérieur. L'existence d'un mariage antérieur non dissous est un empêchement dirimant.

3° En cas d'inceste. La parenté ou l'alliance au degré où le mariage est prohibé est un empêchement dirimant.

4° En cas de clandestinité. La publicité est une condition dirimante.

L'impuberté, la bigamie, l'inceste et la clandestinité sont les quatre causes de nullité absolue. Elles sont relevées au chapitre IV, les trois premières par l'article 184, la quatrième par l'article 191. Elles ont un caractère commun que nous préciserons bientôt ; il leur vaut la qualification qui les réunit, qualification consacrée par l'usage à défaut de la loi.

278. Enfin il y a nullité dite relative dans trois cas.

1° Lorsque le consentement des époux n'a pas été libre. La liberté du consentement est une condition dirimante (article 180, alinéa 1) ; donc le défaut de liberté est une cause de nullité.

2° Quand il y a eu erreur dans la personne. La conscience du consentement est une condition dirimante (article 180,

alinéa 2) ; donc l'erreur dans la personne est une cause de nullité.

3° Quand l'autorisation de famille a fait défaut, alors que cette autorisation était nécessaire, qu'il s'agisse du consentement des ascendants, du conseil de famille ou du tuteur *ad hoc* (article 182).

Le défaut de liberté du consentement des époux, l'erreur dans la personne et le défaut d'autorisation de famille sont les trois causes de nullité relative. Elles sont relevées au chapitre IV (articles 180 et 182). Elles ont un caractère commun que nous préciserons bientôt ; il leur vaut la qualification qui les réunit et qui, elle aussi, est consacrée par l'usage à défaut de la loi.

279. Jusqu'ici, la classification est hors de conteste ; mais elle n'est pas complète. En effet, dans quelle catégorie doivent être placées les nullités qui résultent des empêchements dirimants signalés précédemment et sur lesquels il y a controverse ? Ainsi la Chambre des requêtes, nous l'avons vu, a admis en 1878 que l'engagement dans les ordres est un empêchement dirimant. Il en résulte donc d'après elle une nullité ; mais de quelle sorte ? Elle n'est pas substantielle ; c'est certain, car elle n'est pas impliquée par la nature même de l'acte. Mais est-elle absolue ou relative ? Ainsi encore on admet parfois que l'interdiction judiciaire, sans qu'il y ait d'ailleurs démence, est un empêchement dirimant. Il en résulterait alors une nullité ; mais, ici encore, de quelle sorte ? Elle n'est pas non plus substantielle ; mais est-elle absolue ou relative ?

Il suffit de noter ici la question, que nous retrouverons. Elle se pose à propos de toute nullité contestée. Dès qu'on admet une nullité en l'absence d'un texte formel, il faut se demander quelle place doit lui être donnée dans la classification établie. C'est une difficulté de plus, laquelle s'ajoute à la difficulté préalable de savoir si la cause de nullité existe.

280. Telle est la classification des nullités. Maintenant, quel en est le fondement ? Quelle en est l'utilité théorique et pratique ? Elle n'a pas seulement une importance d'ordre et de méthode ; elle a, de plus, une très grande importance au point de vue pratique : c'est elle qui assigne à chaque nullité sa nature, sa portée, la manière dont elle opère, qui indique surtout par quelles personnes elle peut être demandée. Complétons-la donc en précisant le sens doctrinal et la portée pratique des qualifications usitées.

On est loin de s'accorder sur ces points. Il circule, à cet égard, des formules vagues, des idées mal analysées ou mal définies, qu'autorise dans une certaine mesure l'ambiguïté des termes ; par suite, les équivoques abondent dans la pratique. Il importe de les éviter ; pour cela, nous allons poser préalablement et justifier deux propositions. De leur rapprochement résultera ensuite la vraie théorie en matière de nullités de mariage.

1re proposition. — Aucune nullité de mariage, qu'elle soit relative, absolue, ou même substantielle, n'opère de plein droit et par la seule force de la loi ; aucune nullité ne se produit que si elle est demandée et prononcée judiciairement.

C'est cependant une idée très répandue qu'il y a lieu, dans la matière qui nous occupe, de distinguer des mariages nuls de droit, n'ayant aucune existence légale, n'existant pas, et des mariages simplement annulables. Quelques-uns ajoutent que ce qui caractérise les nullités absolues est qu'elles opèrent de plein droit, qu'elles rendent nul le mariage et lui ôtent toute existence, tandis que les nullités relatives rendent seulement le mariage annulable, c'est-à-dire susceptible d'être attaqué, d'où elles n'opèrent que judiciairement. En d'autres termes, les nullités absolues rendraient les mariages nuls de droit ; les nullités relatives ne les rendraient qu'annulables, de sorte qu'ils subsisteraient jusqu'à ce que la nullité ait été demandée et prononcée.

Demolombe, qui admet la distinction des mariages inexistants et annulables, suppose un homme et une femme vivant en concubinage, peut-être s'étant mariés seulement devant un prêtre, et il s'exprime ainsi : « Croyez-vous qu'il me faudra intenter une demande en nullité de mariage pour m'opposer aux prétentions que ces individus, qui se diraient légitimes, pourraient élever contre moi ? Une demande en nullité de mariage ! Mais il n'y a aucune espèce de mariage ! Il n'y en a pas l'ombre ni l'apparence ! Il n'y a rien [1] ! »

Ce sont là des idées vagues, inexactes, sans application possible. Dès qu'un mariage a une existence de fait, c'est-à-dire dès qu'il a été célébré et qu'il y en a preuve, il existe, quelque graves que puissent être les irrégularités commises, et il continuera d'exister tant qu'il n'aura pas été judiciai-

1. Demolombe, *Du mariage*, I, p. 378 et 379.

rement annulé ; il n'y a pas, en matière de mariage, de nullités opérant de droit, il n'y a que des causes de nullité, pouvant donner lieu, comme le dit la rubrique du chapitre IV, à des demandes en nullité de mariage.

C'est ce qu'on trouve exprimé dans nombre d'arrêts. Les arrêts, par suite de la précision qu'impose l'application prochaine, résistent plus que la doctrine aux idées vagues. L'un des derniers est un arrêt de Bordeaux du 25 juin 1884, que nous retrouverons plus loin[1]. Il s'agissait dans l'espèce d'un mariage contracté par une personne en état de démence de fait caractérisée ; il y avait dès lors absence de consentement et lieu d'appliquer l'article 146. L'arrêt débute ainsi : « D'a« près une règle générale du droit, les nullités, fussent-elles « absolues ou substantielles ou même d'ordre public, n'exis« tant pas de plein droit, les actes qu'elles vicient conser« vent tous leurs effets tant qu'ils n'ont pas été annulés ; « dans le système du Code civil, cette règle s'applique au « mariage, et il y a mariage dès qu'il y a un acte constatant « la célébration ; tout aboutit, en définitive, à une action en « nullité. »

Sans doute, si le mariage n'a pas été célébré, s'il n'existe pas de preuve, le mariage n'existe pas ; mais alors il n'y a aucun intérêt non plus à dire qu'il est nul : c'est le néant et on ne comprendrait même pas la nullité. Il y a un nombre infini de mariages de ce genre : ceux auxquels on n'a jamais pensé. S'il n'y a pas un acte de mariage, à quoi s'en prendrait-on ? Celui qui invoque le mariage et en réclame les effets doit le prouver ; là où manque la preuve, le droit qu'on prétendrait invoquer se réduit au néant et il ne saurait être question de nullité. Mais, dès que le mariage a une existence de fait par suite de la célébration, quelque grave que soit la nullité qui l'atteint, il ne peut être annulé que par jugement ; provision est due à l'acte, qui existe jusqu'à nullité prononcée. C'est rationnel. Prenons, en effet, les nullités les plus graves parmi celles qui existent : la bigamie, l'inceste ; dès qu'il existe un acte de mariage, il faut au moins que le fait d'où résulte la nullité prétendue soit allégué, régulièrement établi et judiciairement reconnu pour que le mariage

1. D. P. 1883.I.161, Sir. 1884.II.201. L'arrêt de Bordeaux a été confirmé par un arrêt de rejet de la Chambre civile en date du 9 novembre 1887, D. P. 1888. I.161.

soit considéré comme nul. Prenons même une cause de nullité plus grave encore, une cause de nullité substantielle: l'identité de sexe des parties contractantes ; ne faut-il pas, dès qu'il y a eu célébration, que les faits soient établis et régulièrement constatés ? Supposons même que c'est l'intervention d'un officier de l'état civil qui fait défaut. Le cas sera rare, car on comprend peu qu'il y ait eu célébration sans cela ; il n'est pas impossible. Il y a quelques années, dans une commune des environs de Pithiviers, le fait suivant s'est produit. Le maire et l'adjoint étaient absents ; une noce se présente. Le fils du maire prend la place de son père et procède au mariage ; l'acte est dressé. Assurément le mariage était nul, non pas à raison de l'incompétence de l'officier de l'état civil, mais, ce qui est plus grave, parce qu'il n'était pas intervenu d'officier de l'état civil ; le mariage était-il nul de droit ? Non. Plus les faits sont singuliers, invraisemblables, plus il est indispensable qu'ils soient régulièrement établis et que la justice intervienne. Jusque-là le mariage existe. Dans le cas cité, encore fallait-il constater que la signature portée au registre n'était pas celle du maire [1].

Donc il est rationnel qu'aucune irrégularité, quelle qu'elle soit, si grave soit-elle, ne rende le mariage nul de droit.

Il faut ajouter que c'est légal. En effet il n'est question dans aucun texte de mariages nuls de droit. Le chapitre IV est intitulé : *Des demandes en nullité de mariage* ; l'article 184, qui vise les nullités absolues, dit que le mariage peut être attaqué ; l'article 201, qui s'occupe des effets de la nullité, parle des mariages *déclarés nuls*.

C'est, d'ailleurs, ce qui a été constaté dans les termes les plus explicites au cours des travaux préparatoires du Code civil. A propos de l'article 146, aux termes duquel « il n'y a « pas mariage quand il n'y a pas consentement » (nullité substantielle), Tronchet disait : « Jamais le mariage n'est nul « de plein droit ; il y a toujours un titre et une apparence « qu'il faut détruire [2]. » Ailleurs, exprimant la même idée, il ajoutait : « Dès qu'il existe un acte matériel, il y a mariage, « qui peut cependant être nul s'il n'est pas intervenu de con- « sentement ; et ce mariage subsiste jusqu'au jugement qui « en prononce la nullité. C'est ce qu'il importe de faire sentir,

1. Cpr. Trib. de la Seine 18 juin 1885, dans *Le Droit* du 19 juin.
2. Locré, IV, p. 24.

« afin que les parties ne se croient jamais autorisées à se déga- « ger de plein droit et sans l'intervention des tribunaux [1]. » Réal répond que l'article 146 suppose nécessairement le recours aux tribunaux, ce qui implique une action en nullité.

En résumé, on peut affirmer que la distinction si souvent présentée entre les mariages nuls ou inexistants et les mariages simplement annulables ne repose sur rien. Si on veut par là marquer qu'il y a des causes de nullité plus ou moins impératives, soit; mais, pris au pied de la lettre, les mots n'ont pas ce sens. En tout cas, ce n'est pas ainsi qu'on peut caractériser les nullités absolues ou relatives; car ces mots correspondent à des réalités et la distinction des mariages nuls et des mariages annulables n'a ni réalité, ni, par suite, portée pratique possible [2].

2e proposition. — Les nullités de mariage, qu'elles soient substantielles, absolues ou relatives, sont, à un autre point de vue, de deux sortes. Les unes sont susceptibles de se couvrir; elles ne peuvent, par suite, être invoquées que pendant un temps limité; elles sont temporaires. Les autres ne se couvrent pas; elles peuvent être invoquées en tout état de cause et indéfiniment; elles sont perpétuelles.

Quand on parle de nullités qui se couvrent ou ne se couvrent pas, on prend le mot *couvrir* dans un sens figuré, comme signifiant excuser, pallier, faire disparaître. Une nullité est susceptible de se couvrir quand le temps la fait disparaître; elle est au contraire non susceptible de se couvrir, quand rien ne peut la faire disparaître, quand elle peut toujours être invoquée. Or, parmi les nullités de mariage, il y en a qui se couvrent, d'autres qui ne se couvrent pas; conséquemment il y en a qui sont temporaires, d'autres qui sont perpétuelles.

Souvent, on assimile cette distinction des nullités qui se couvrent ou ne se couvrent pas à celle des nullités absolues ou relatives : seraient absolues les nullités qui ne se couvrent pas, c'est-à-dire qui peuvent être invoquées indéfiniment, relatives celles qui peuvent se couvrir, c'est-à-dire être invoquées seulement pendant un temps.

Il importe de remarquer que c'est là, au point de vue du

1. Locré, IV, p. 326.
2. Sur les mariages inexistants, voy. les conclusions données par M. le Procureur général Alphandéry dans l'affaire de Bordeaux en 1884 (Bordeaux 25 juin 1884, Sir.1884.II.201).

droit positif, une erreur certaine ; il n'y a pas concordance entre les deux idées. Il est vrai que les nullités dites relatives sont toutes susceptibles de se couvrir ; mais il n'y a pas là une idée nécessaire, un corollaire : il y a une simple coïncidence. Nous savons qu'il existe trois nullités relatives. Elles se rattachent toutes trois à des questions de consentement et ce qui peut avoir manqué d'abord au consentement peut être réparé par une nouvelle manifestation, expresse ou tacite, de volonté. C'est pour cela que les nullités relatives au consentement peuvent se couvrir.

Il en est ainsi pour le défaut de liberté du consentement des époux et pour l'erreur dans la personne. L'article 180 dit que ce sont deux causes de nullité et l'article 181 indique comment la nullité se couvre : « Dans le cas de l'article pré- « cédent, la demande en nullité n'est plus recevable toutes « les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six « mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que « l'erreur a été par lui reconnue. » Le texte dit : dans *le* cas de l'article précédent ; il aurait fallu dire : dans *les* cas, car l'article 180 se rapporte aux deux cas de vice du consentement et d'erreur dans la personne. Dans ces deux cas, six mois de cohabitation libre, continuée en connaissance de cause, prouvent que si le consentement a été d'abord vicié ou erroné, l'époux en a pris son parti. La nullité est couverte, ce que l'article 181 exprime en disant que la demande en nullité n'est plus recevable ; il y a ratification tacite. On admet *a fortiori* la ratification formelle et il est toujours prudent d'y recourir, en prévision du cas où la cohabitation ne pourrait être continuée pendant six mois à raison de la mort ou de l'absence momentanée de l'époux.

Il en est ainsi encore pour l'absence de l'autorisation de famille, dans les cas où elle est nécessaire. L'article 182 dit que c'est une cause de nullité et l'article 183 indique comment la nullité se couvre : « L'action en nullité ne peut plus être in- « tentée ni par les époux ni par les parents dont le consen- « tement était requis, toutes les fois que le mariage a été « approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le « consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé « une année sans réclamation de leur part depuis qu'ils ont « eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée « non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans

« réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compé-
« tent pour consentir par lui-même au mariage. »

Donc les trois nullités relatives sont susceptibles de se couvrir ; elles comportent des ratifications et sont temporaires. Mais cela ne peut pas être considéré comme un signe caractéristique des nullités relatives, car il en est de même dans certains cas de nullité absolue, dans deux cas au moins sur quatre qui ont été indiqués.

Les deux nullités absolues qui ne sont pas susceptibles de se couvrir sont celles qui résultent de la bigamie et de l'inceste. A toute époque, en tout état de cause et toujours, dès que les faits viennent à être connus, la nullité peut être demandée et elle sera prononcée ; elle subsiste indéfiniment ; elle est impérative ; une fois que la cause en a existé, rien ne l'efface. Le ministère public, à défaut d'autres, peut et doit la demander (article 190). La gravité de l'atteinte portée aux règles de moralité sociale, du vice qui affecte le mariage, explique qu'il en soit ainsi. En cas de bigamie, peu importe que le premier mariage, dont l'existence faisait obstacle à un second, soit actuellement dissous ; le second, s'il a été célébré avant la dissolution du premier, est atteint d'un vice que rien n'efface. En cas d'inceste, les dispenses pour parenté ou alliance obtenues ultérieurement ne réparent rien. Il serait trop dangereux de laisser croire aux époux se mariant irrégulièrement, qu'ils pourront plus tard régulariser leur situation.

Donc ces deux nullités ne sont pas susceptibles de se couvrir.

Mais les deux autres causes de nullité absolue, celles qui résultent de l'impuberté et de la clandestinité, peuvent au contraire l'une et l'autre se couvrir.

D'abord celle qui résulte de l'impuberté. Les articles 185 et 186 disent en effet que dans trois cas cette nullité cesse de pouvoir être invoquée ; cependant la nullité est absolue.

L'article 186 s'exprime ainsi : « Le père, la mère, les as-
« cendants et la famille qui ont consenti au mariage con-
« tracté dans le cas de l'article précédent ne sont point rece-
« vables à en demander la nullité. » Ils ont eu tort ; ainsi qu'il a été dit lors de la discussion du Code, « il ne faut pas
« qu'ils puissent se jouer de la foi du mariage après s'être

« joué des lois[1]. » Il résulte de là que ceux dont le consentement est requis pour le mariage demanderont rarement la nullité à raison du défaut d'âge ; car s'ils ont donné leur consentement, l'article 186 leur dénie le droit d'agir pour cette cause ; si leur autorité a été méconnue, ils invoqueront bien plutôt le défaut de consentement, aux termes de l'article 182.

En outre, aux termes de l'article 185, la nullité résultant de l'impuberté est couverte au regard de tous dans deux cas.

1° « Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou « les époux ont atteint l'âge compétent ». C'est toujours, nous l'avons déjà dit, une chose grave qu'une nullité de mariage ; dans le cas prévu, c'est-à-dire si l'époux a atteint l'âge requis et s'il s'est écoulé six mois depuis, tout est rentré dans l'ordre ; mieux vaut désormais fermer les yeux sur l'irrégularité commise, que le mariage subsiste et soit inattaquable.

2° « Lorsque la femme, qui n'avait point l'âge requis, a « conçu avant l'échéance de six mois ». On suppose que c'est la femme qui n'avait pas l'âge requis ; si elle devient enceinte, la nullité est couverte. La nullité du mariage est particulièrement grave quand il y a des enfants, dont le sort va être compromis. Or, dans l'hypothèse, la nature s'est chargée de protester contre la présomption d'impuberté à raison de l'âge ; mieux vaut alors fermer les yeux sur l'irrégularité.

On s'est demandé, dans ce dernier cas, si la grossesse de la femme survenant couvrirait la nullité résultant du défaut d'âge de la part du mari. On n'en saurait douter ; il y a parité de motifs ; tout au plus peut-on faire cette réserve : à moins qu'il ne soit établi que le mari n'est pas le père de l'enfant, preuve qui ne peut se faire que par l'action en désaveu de paternité. Nous en reparlerons ultérieurement.

Toujours est-il que la nullité pour insuffisance d'âge est susceptible de se couvrir et se couvre à bref délai. Voilà donc une nullité absolue qui est susceptible de se couvrir.

La nullité pour clandestinité se couvre aussi, quoiqu'absolue. En effet, sinon aux termes, au moins par application de l'article 196, la nullité se couvre, dans ce cas, par la possession d'état : « Lorsqu'il y a possession d'état, et que « l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état

1. La phrase est de Portalis, dans l'*Exposé des motifs*. Voy. Locré, IV, p. 513.

« civil est représenté, les époux sont respectivement non « recevables à demander la nullité de cet acte. »

On possède un état quand on en jouit, quand on s'en prévaut ostensiblement, publiquement et notoirement. La notoriété est l'élément nécessaire de la possession d'état; elle consiste dans l'ensemble des circonstances constitutives de la publicité. Elle ne prouve pas qu'on ait en droit l'état possédé, mais elle établit au moins qu'on le possède en fait; en d'autres termes, posséder un état c'est passer publiquement pour l'avoir. L'article 321 indique, non pas précisément à propos du mariage, mais à propos de la filiation, quels sont les éléments constitutifs de la possession appliquée à l'état. Il s'agit, dans cet article, de la possession d'état d'enfant légitime; le texte dit: « La possession d'état s'établit par « une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de « filiation et de parenté entre un individu et la famille à « laquelle il prétend appartenir. Les principaux de ces faits « sont: que l'individu a toujours porté le nom du père auquel « il prétend appartenir, que le père l'a traité comme son « enfant et a pourvu en cette qualité à son éducation, à son « entretien et à son établissement, qu'il a été reconnu cons- « tamment pour tel dans la société, qu'il a été reconnu pour « tel par la famille. » Appliquant ces notions à l'état d'époux, nous dirons ici: la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits supposant le rapport de mariage entre deux personnes. Les principaux de ces faits sont: que la femme a porté le nom du mari, qu'ils se traitent et se comportent comme mari et femme, qu'ils passent dans la société pour être mariés. On a, depuis bien longtemps, réduit les éléments de la possession d'état à trois: *nomen, tractatus, fama*.

D'après l'article 196, la possession d'état d'époux couvre le vice de clandestinité. Le texte, il est vrai, ne dit pas précisément cela; à tout le moins, il n'est pas explicite. D'une part, il n'attache cet effet à la possession d'état qu'au regard des époux. Les époux, dit-il, sont non recevables à demander la nullité. Il faut lire: les époux ni personne autre; la nullité disparaît absolument. D'autre part, il ne dit pas précisément qu'il s'agit là de la nullité du mariage et semble plutôt prévoir la nullité de l'acte de mariage, de l'acte de l'état civil. Mais il n'est pas possible de l'entendre ainsi et cela

pour une raison décisive : c'est que les formes ne sont pas exigées à peine de nullité dans les actes de l'état civil. Quand l'article 196 déclare les époux non recevables à demander la nullité *de cet acte*, l'acte dont il s'agit, est la célébration du mariage, *id quod actum est* ; *demander la nullité de l'acte* veut dire : demander la nullité du mariage pour clandestinité. De sorte que la possession d'état postérieure au mariage est regardée comme couvrant l'irrégularité de la célébration, en d'autres termes la clandestinité.

Ce n'est certainement pas le sens grammatical du texte ; mais on sort comme on peut des textes défectueux, ainsi que les mauvais pas. C'est en ce sens que l'article 196 est depuis longtemps interprété et appliqué [1]. La publicité donnée au mariage, après la célébration, par la possession d'état et la notoriété qui en résulte couvrent toutes les irrégularités relatives aux publications, aux formes de la célébration, à la rédaction de l'acte de mariage, en un mot aux formalités ; elle est une fin de non-recevoir contre l'action en nullité pour clandestinité.

Le texte ainsi interprété, ou plutôt transposé, est très rationnel et très satisfaisant au point de vue pratique. Voici pourquoi. Les formalités qui, d'après la loi, doivent précéder ou accompagner le mariage ont pour but de porter le projet de mariage d'abord, ensuite le mariage lui-même à la connaissance des tiers. Or la publicité ultérieure, résultant de la possession d'état, de la notoriété de cette possession répare ce qui peut avoir manqué à la publicité primitive ; car, dès que le mariage est annoncé aux tiers, et il l'est par la possession d'état, qu'importe quand et par quel moyen ? Donc il est rationnel que la possession d'état couvre les irrégularités de forme et devienne une fin de non-recevoir contre l'action en nullité pour clandestinité.

Par conséquent, la clandestinité, quoiqu'étant une nullité absolue, se couvre.

En résumé, toutes les nullités relatives sont susceptibles de se couvrir ; parmi les nullités absolues, deux se couvrent, deux ne se couvrent pas. Cela suffit à démontrer qu'il n'y a pas concordance, surtout concordance caractéristique, entre la distinction des nullités qui se couvrent ou ne se couvrent

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 196.

pas et la classification reçue des nullités en absolues et relatives.

A ce point de vue, relativement à la distinction des nullités qui se couvrent ou ne se couvrent pas, dans quelle catégorie faut-il classer les nullités substantielles ? C'est toujours quant à elles que surgissent les difficultés du sujet. La loi les sous-entend, par suite elle ne les réglemente pas ; explicite quant aux nullités absolues et relatives, elle laisse les nullités substantielles dans le vague.

Sur les trois qui existent, il y en a deux qu'on regarde comme ne se couvrant pas : celle qui résulte du défaut d'intervention d'un officier de l'état civil et celle qui résulte de l'identité de sexe ou de vices de conformation équivalant à l'absence d'un sexe déterminé. Elles tiennent à ce qu'il y a de plus essentiel, de vraiment constitutif dans le mariage ; rien ne peut les réparer. Quant à la troisième, celle qui résulte de l'absence du consentement, la jurisprudence de la Cour de cassation, au moins la jurisprudence actuelle, l'assimile à celle qui résulte des vices du consentement ; d'où il faut conclure qu'elle la regarde comme se couvrant dans les termes de l'article 181. Du reste c'est un point que nous allons retrouver plus loin.

281. Telles sont les deux propositions qu'il fallait préalablement établir. Il n'y a pas, en matière de mariage, de nullités de droit. Parmi les nullités, qu'elles soient d'ailleurs substantielles, absolues ou relatives, les unes se couvrent, les autres non.

Ces deux propositions démontrées, nous retrouvons alors, ayant écarté les confusions possibles, la question posée au début, dégagée de ce qui pouvait compliquer la réponse : sur quoi repose la distinction des nullités en absolues et relatives ? Elle est traditionnelle ; elle est entrée dans la pratique ; sur quoi repose-t-elle ?

Les mots ici sont pris dans un sens conventionnel, mais consacré par la tradition. Une nullité, de quelque cause d'ailleurs qu'elle provienne, qu'elle se couvre ou non, est dite absolue ou relative selon les personnes qui peuvent l'invoquer.

Elle est absolue quand elle peut être invoquée par toute personne intéressée et par le ministère public, en un mot quand elle existe au regard de tout le monde. C'est le cas

es nullités les plus graves, de celles où l'ordre public est lus directement engagé.

Elle est relative quand elle ne peut être invoquée que par ertaines personnes limitativement désignées. C'est le cas es nullités qui sont moins graves, où l'ordre public est noins directement engagé. Ces nullités sont dites relatives n ce sens qu'elles n'existent qu'au regard de certaines per-onnes.

En un mot, les nullités sont absolues ou relatives quant ux personnes qui peuvent attaquer le mariage. La distinc-ion, ainsi entendue, est très nettement appliquée par les extes; seulement il n'y a pas de locutions légales pour l'ex-rimer : c'est affaire d'usage et de tradition.

282. Ainsi, le défaut de liberté du consentement est une ullité dite relative, c'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée ue par certaines personnes ; en effet, l'article 180, alinéa 1 it : « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consente- ment n'a pas été libre. » L'erreur dans la personne est une utre nullité relative ; en effet l'article 180, alinéa 2 s'exprime insi : « Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur. » Dans l'un et l'autre cas, la nullité st fondée sur un ordre de considérations que l'époux seul eut apprécier ; à lui seul de juger s'il doit ou non s'en pré-aloir ; d'où le droit d'agir appartient exclusivement à l'é-oux ou à ses représentants, par exemple à son tuteur s'il st interdit[1]. Le droit est inhérent à la personne de l'époux ; es héritiers ne l'ont pas, quoique d'ordinaire les héritiers uccèdent aux droits de leur auteur, et les créanciers ne l'ont as davantage, quoiqu'il y aille parfois pour eux d'intérêts écuniaires (article 1166)[2].

Le défaut d'autorisation de famille, quand l'autorisation st nécessaire, est encore une nullité relative ; en effet, l'ar-icle 182 dit : « Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était re-

1. Cass. 26 février 1890. D. P. 1890.1.290, Sir. 1890.I.216.
2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 180, n°s 24 et suiv.

« quis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce « consentement. » Les uns peuvent agir parce que leur autorité a été méconnue, les autres parce qu'ils ont agi sans être assistés comme la loi veut qu'ils le soient, parce qu'ils se sont mis dans une situation fausse et qu'il faut qu'ils en puissent sortir. Ici encore, le droit d'agir en nullité peut être exercé par les personnes désignées ; il ne peut l'être ni par leurs créanciers ni par leurs héritiers ; c'est un droit intransmissible[1].

Telles sont les nullités relatives. Elles ne peuvent être invoquées que par certaines personnes, que la loi désigne ; aucune autre n'a qualité pour agir, pas même le ministère public.

283. Au contraire, le défaut d'âge ou impuberté, la parenté ou l'alliance au degré où la loi prohibe le mariage, la bigamie, la clandestinité, en un mot les quatre nullités absolues peuvent être invoquées par tous les intéressés. En effet, l'article 184 s'exprime ainsi : « Tout mariage, contracté en con« travention aux dispositions contenues aux articles 144, « 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué soit par les époux « eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le « ministère public. » L'article 191 ajoute : « Tout mariage « qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point « été célébré devant l'officier public compétent, peut être « attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, « par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né « et actuel, ainsi que par le ministère public. » Donc, les quatre nullités absolues ont ce caractère commun et c'est là ce que la qualification qu'elles portent indique : elles peuvent être invoquées par tous ceux qui justifient d'un intérêt et par le ministère public, parce que l'intérêt public, dont il est l'organe et l'agent, est intéressé.

Que veut dire cette expression très générale : les intéressés ? Que comprend-elle ? L'article 184 dit : « Tous ceux qui « y ont intérêt. » L'article 191 précise un peu plus, disant : « Tous ceux qui ont un intérêt né et actuel. » Tantôt il suffit d'un intérêt moral, c'est-à-dire dérivant de préoccupations d'affection, d'honneur, de dignité ; d'autres fois, il faut un intérêt pécuniaire.

1. Fuzier-Herman. *op. laud.*, art. 182, n° 13.

L'intérêt moral suffit si la nullité est demandée par les époux. Celui même du chef de qui la nullité procède peut agir ; ni à l'un ni à l'autre on ne peut imposer de rester dans une situation irrégulière. L'intérêt moral suffit encore si la nullité est demandée par l'époux au préjudice duquel un second mariage aurait été contracté (article 188), par les ascendants, qui sont les gardiens des intérêts généraux de la famille, enfin par le ministère public, représentant de l'intérêt social : il peut et doit agir (articles 190 et 191), car toujours l'intérêt social est en cause.

Pour tous autres, il faut un intérêt pécuniaire et il faut que cet intérêt soit né et actuel, c'est-à-dire échu. Ont un intérêt de cette sorte : les créanciers de la femme auxquels celle-ci opposerait l'article 225, les créanciers du mari auxquels la femme opposerait son hypothèque légale ou l'article 1419, enfin les enfants des époux nés d'un autre mariage, plus généralement les héritiers des époux et les parents collatéraux (article 187)[1]. Le plus souvent, ce sera un intérêt de succession qui fera agir les enfants et les collatéraux. Les enfants que l'un des époux avait auparavant ont intérêt à faire tomber le mariage de leur auteur, afin que les enfants issus de ce mariage ne soient pas enfants légitimes mais naturels et aient un droit de succession moindre, afin d'éviter les suites de la légitimation opérée par le mariage, afin d'éviter l'exécution des conventions matrimoniales, car il n'y a pas de contrat de mariage sans mariage. Comme c'est presque toujours un intérêt de succession qui est engagé, l'article 187 n'admet les enfants d'un premier lit ou les collatéraux à agir qu'après la mort de l'époux, c'est-à-dire quand il y a lieu de liquider la succession. Mais il y a eu une méprise de la part des rédacteurs du Code civil. Quelquefois un intérêt peut être relevé comme né et actuel du vivant des époux ; alors il n'est guère douteux, quoi que dise l'article 187, que la demande en nullité soit dès maintenant recevable. Supposons par exemple qu'il y a des enfants issus de deux mariages dont l'un est valable, l'autre annulable ; un de ces enfants venant à mourir, ses frères et sœurs sont appelés à sa succession ; les enfants du premier lit ont intérêt à attaquer le second mariage afin d'écarter leurs frères naturels. Donc, même du vivant

1. Paris 25 juin 1883, Sir. 1883.II.205.

des père et mère, il peut y avoir un intérêt né et actuel; alors l'action en nullité peut être intentée.

284. Ainsi, la distinction entre les deux classes de nullités a des conséquences très apparentes.

Si maintenant on cherche quel motif plus général a porté la loi tantôt à réserver à certaines personnes limitativement désignées, tantôt à reconnaître à tout intéressé le droit d'invoquer une nullité, il est facile de voir qu'elle a considéré quel intérêt a été plus particulièrement méconnu et se trouve dès lors plus engagé. Dans une certaine mesure, toutes les prescriptions de la loi, en matière de mariage, sont d'ordre public : leur inobservation blesse l'intérêt général ; cependant il en est quelques-unes dont l'inobservation méconnaît des droits plutôt individuels que généraux, d'autres dont l'inobservation porte atteinte à des intérêts généraux. L'absence ou les vices du consentement, le défaut d'autorisation blessent des intérêts plutôt individuels ; l'action est donnée à ceux dont les droits ont été méconnus, c'est une nullité d'intérêt privé ou de famille : donc certaines personnes seulement peuvent agir. Au contraire, la bigamie, l'inceste, l'impuberté blessent l'intérêt général qui se trouve compromis ; l'action est donnée à tout intéressé : ce sont des nullités d'ordre public ou général. C'est plus manifeste encore pour la clandestinité ; la publicité est exigée dans l'intérêt des tiers ; il faut donc que les tiers puissent se prévaloir du défaut de publicité.

Voilà le fondement théorique de la distinction classique entre les deux sortes de nullités.

285. Ici se place naturellement une question, car toutes ces classifications s'enchaînent. Relativement aux personnes qui peuvent les invoquer, c'est-à-dire exercer l'action qu'elles ouvrent, comment faut-il considérer les nullités substantielles et, en outre, les nullités résultant d'empêchements dirimants que la loi n'énonce pas formellement ? Faut-il y voir des nullités absolues ou des nullités relatives ? On ne peut raisonner que par analogie.

Quant aux empêchements dirimants contestés, la question se pose notamment à propos de l'engagement dans les ordres. D'après la doctrine de la Chambre des requêtes, l'engagement dans les ordres est un empêchement dirimant. Qui peut demander la nullité ? La jurisprudence a toujours vu là

une nullité absolue ; elle applique alors l'article 184 et autorise tous les intéressés, même le ministère public à agir. C'est une nullité d'ordre public[1].

La même difficulté se présente quant à l'interdiction judiciaire, pour ceux qui y voient une cause de nullité ; mais il n'existe pas de jurisprudence à cet égard, puisque la Cour de cassation n'admet pas que ce soit une cause de nullité.

Que décider maintenant quant aux nullités substantielles ? La loi les sous-entend et, par suite, ne les réglemente pas ; en pratique, l'embarras est inévitable. La doctrine n'a pu jusqu'ici se fixer ; les idées les plus disparates ont cours.

Pour la nullité résultant du défaut d'intervention d'un officier de l'état civil, on paraît l'assimiler sans hésitation aux nullités absolues. C'est logique, car l'incompétence de l'officier de l'état civil, qui est un élément de clandestinité, engendre une nullité absolue (article 191) ; à plus forte raison l'absence d'officier de l'état civil. C'est ce qui a été admis dans la célèbre affaire des mariages de Montrouge. Il n'y avait pas précisément absence d'un officier de l'état civil, mais la délégation était irrégulière, ce qui revient à peu près au même ; la nullité fut demandée par le ministère public, les articles 184 et 191 étant regardés comme applicables[2].

Le doute est plus grand pour les deux autres nullités substantielles, notamment pour celle qui résulte de l'absence de consentement. Les vices du consentement, le défaut de liberté et l'erreur, n'ouvrent qu'une nullité relative (article 181). La règle est-elle différente en cas d'absence du consentement, par exemple au cas de démence caractérisée ? La doctrine est hésitante, la jurisprudence incertaine. C'est particulièrement à propos de cette hypothèse qu'un grand nombre d'interprètes, pour sortir d'embarras, ont proposé la distinction des mariages nuls de droit, inexistants, et des mariages annulables. Les nullités substantielles, disent-ils, ne sont pas des nullités relatives, car aucun texte n'indique par qui elles peuvent être invoquées ; ce ne sont pas davantage des nullités absolues, car les seules qui aient ce caractère sont celles que prévoient les articles 184 et 191 ; ce sont des causes de non-existence du mariage. D'où ils concluent que tout intéressé

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 144, n° 9.— Il faut noter cependant qu'un arrêt de cassation du 12 novembre 1839 a refusé le droit d'agir à des collatéraux (Sir. 1839. I. 826).

2. *Suprà*, p. 173 et suiv.

peut arguer de cette nullité et la faire constater : il y a là une nullité radicale et absolue, qui peut être invoquée en tout temps par tous les intéressés[1]. Nous avons établi déjà qu'il n'y a pas de nullités de droit en matière de mariage, qu'il n'y a que des causes de nullité ; l'argumentation ne tient pas et la conséquence n'est pas démontrée.

Alors reparaît la question posée : par qui et pendant combien de temps la nullité peut-elle être invoquée ? La Cour de cassation a décidé que c'est une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par l'époux lui-même, dans les termes de l'article 181. L'arrêt du 9 novembre 1887[2], qui statue en ce sens, a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de Bordeaux, en date du 24 juin 1884, le même qui a été signalé comme écartant avec la plus grande précision la doctrine des nullités de plein droit. Il s'agissait d'un mariage contracté par une personne reconnue plus tard avoir été en état de démence de fait au moment de la célébration. Des intérêts pécuniaires, subordonnés à la validité du mariage, surgirent ; les intéressés attaquèrent le mariage. La question se posait de savoir si tous les intéressés étaient recevables à agir, comme dans les cas prévus aux articles 184 et 191. L'absence d'une condition substantielle paraît bien ouvrir une action à tout le monde. Plusieurs arrêts l'avaient admis[3] ; la Cour de Bordeaux se prononça en sens contraire le 24 juin 1884[4]. L'arrêt discute et réfute le système qui considère l'absence du consentement par suite de démence comme rendant le mariage nul et la nullité comme pouvant être invoquée par tous les intéressés ; il assimile l'absence du consentement aux vices du consentement et décide en conséquence que l'action en nullité peut être exercée seulement par les personnes spécifiées à l'article 181. Un pourvoi ayant été formé, la Chambre des requêtes l'admit, ce qui implique qu'elle repoussait le système de la Cour de Bordeaux[5]. La Chambre civile l'a rejeté le 9 novembre 1887[6], confirmant

1. Aubry et Rau, V, p. 10, — Demolombe, *Du mariage*, I, p. 378 et suiv., — Laurent, *Principes*, II, p. 566 et suiv.
2. D. P. 1888.I.160, Sir. 1887.I.461.
3. Cass. 9 janvier 1821, Sir. 1821.I.157. — Cass. 2 novembre 1844, Sir. 1845.I.246, — Colmar 27 février 1852, Sir. 1852.II.488.
4. Sir. 1884. II. 201.
5. Cass. 9 novembre 1887, Sir. 1887.I.461. — Voy. dans le même sens Bastia 8 février 1888, Sir. 1889.II.177.
6. D. P. 1888.I.161.

ainsi la doctrine de l'arrêt de Bordeaux et écartant le système des mariages inexistants par suite de nullités substantielles. Cela revient à dire que l'article 180 vise à la fois l'absence du consentement et les vices du consentement, de même que l'article 146, dont voici le texte : « Il n'y a pas de ma-« riage lorsqu'il n'y a point de consentement. » L'article 146 pose le principe de la nécessité d'un consentement valable ; les articles 180 et 181 font connaître la sanction de cette nécessité. Alors la nullité pour absence de consentement n'est pas autre que la nullité pour défaut de liberté du consentement ; par conséquent il n'y avait lieu, dans l'espèce, qu'à une nullité relative.

C'est assurément soutenable. Les travaux préparatoires paraissent établir que les rédacteurs du Code ont considéré qu'il n'y a pas consentement quand il y a violence ou erreur, que dès lors l'article 146 n'est pas différent de l'article 180[1].

Puis, même pour ceux qui soutiennent que les nullités substantielles sont des causes de non-existence du mariage, il y a une hypothèse qui est fort embarrassante ; c'est celle de la troisième nullité substantielle : la nullité en cas d'identité de sexe, ou (hypothèse moins invraisemblable) en cas de vices de conformation équivalant à l'absence d'un sexe déterminé. C'est une cause de nullité substantielle. Ira-t-on, dans ce cas, en admettant l'idée des mariages inexistants, jusqu'à donner action à tout intéressé, même aux créanciers, soit de la femme, soit du mari ? Il est bien invraisemblable qu'on puisse admettre alors la plainte d'autres que les époux eux-mêmes, qu'il faille ouvrir l'action en nullité autrement que quand il s'agit d'erreur dans la personne aux termes de l'article 180, alinéa 2. C'est précisément ce que l'arrêt de la Chambre civile admet dans le cas de démence, qu'il assimile au cas de vice du consentement.

La question est curieuse en doctrine et importante en pratique. Il faut se reporter aux arrêts cités et aux discussions qui les ont précédés : nulle part le débat n'a été aussi largement traité. L'arrêt de 1887 a fait raison des obscurités amoncelées sur cette classification des nullités.

286. Passons maintenant à la seconde des deux questions

1. Voy. Acollas, *Manuel de droit civil*, I. p. 167.

posées à propos des nullités. Sachant quelles sont les causes de nullité, demandons-nous quels sont les effets et les suites d'une annulation prononcée.

II. *Effets de l'annulation prononcée.*

287. Deux propositions résument ce sujet.

1° La nullité prononcée ne fait pas seulement disparaître le mariage pour l'avenir ; elle l'efface rétroactivement, de sorte qu'il est désormais censé n'avoir pas été contracté.

2° La bonne foi des époux ou de l'un d'eux peut empêcher cette rétroactivité de l'annulation, auquel cas la nullité, dans une mesure à établir, ne produit ses effets que pour l'avenir.

288. Reprenons ces deux propositions.

A. *La nullité prononcée efface rétroactivement le mariage.* En cela, l'annulation se sépare nettement de la dissolution, qui n'agit que pour l'avenir. Le jugement qui prononce la nullité ne dissout pas le mariage ; aussi l'article 227, qui énumère les causes de dissolution, ne mentionne pas l'annulation. Le jugement annule le mariage, ce qui est très différent, c'est-à-dire qu'il l'efface. En fait, le mariage a existé ; en droit, quand il est annulé, il est regardé comme n'ayant jamais existé. C'est le sens naturel du mot *annulation* ; c'est d'ailleurs ce qui résulte *a contrario* des articles 201 et 202, lesquels décident qu'il en est autrement, par exception, en cas de bonne foi des époux.

De là diverses conséquences.

1° La femme, en cas d'annulation du mariage, n'a aucun droit à conserver le nom du mari. Les époux qui ne le sont plus reprennent leur nom patronymique ou de famille. En effet, si la femme mariée prend le nom du mari, c'est par l'effet du mariage ; or le mariage annulé est effacé. Il en est autrement en cas de dissolution, au moins de dissolution par prédécès du mari : la veuve conserve alors le nom. En cas de divorce, la question s'est posée de savoir si la femme divorcée conserve le droit de porter le nom de son ex-mari ; cette question est aujourd'hui résolue par l'article 299, dont l'étude viendra plus tard.

2° L'époux ou les époux, s'ils étaient mineurs, n'ont pas été émancipés et restent en tutelle. Il est vrai que « le mi-

« neur est émancipé de plein droit par le mariage » (article 476) ; mais l'émancipation disparaît avec sa cause.

3° Les enfants issus du mariage annulé, s'il y en a, ne sont pas légitimes, car ils se trouvent être nés hors mariage, puisque le mariage disparaît rétroactivement.

4° Les enfants nés avant le mariage, s'il en était, n'ont pas été légitimés par le mariage. L'article 331 dit bien que les enfants naturels reconnus sont légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs, mais la légitimation s'évanouit avec sa cause. Les cas sont nombreux de mariages dont la nullité a été demandée uniquement pour faire tomber une légitimation qui en serait résultée. Le mariage est-il annulé, les enfants restent naturels ; or, dans le règlement des successions, cela importe grandement.

5° Les rapports d'alliance qui étaient résultés du mariage s'évanouissent, ou du moins ils n'existent plus que dans la mesure où les établissent les rapports et la filiation hors mariage.

6° Les conventions accessoires du mariage sont frappées de stérilité. Ce sont d'abord les conventions matrimoniales, ensuite les donations faites à propos du mariage et qui tombent avec lui (article 1088).

7° La femme ne peut pas invoquer son incapacité pour faire annuler les actes qu'elle aurait passés sans autorisation (articles 225 et 1134). C'est pour cela que les créanciers de la femme sont admis à demander la nullité au cas de nullité absolue.

8° Les époux ne peuvent pas réclamer le bénéfice des articles 212 et 214. Ils ne peuvent pas davantage se prévaloir de l'article 767 pour prétendre des droits dans la succession l'un de l'autre, etc., etc.

Ce sont là toutes conséquences de l'idée qu'autre chose est l'annulation, autre chose la dissolution, et qu'un mariage annulé, à la différence d'un mariage dissous, disparaît rétroactivement.

289. Cependant il ne faut pas pousser trop loin cette idée. Du mariage, en effet, quoiqu'annulé, est résulté un état de fait, dont il n'est pas possible de faire complètement abstraction. Tout ce qui aura été une suite de l'existence du mariage, non de sa validité, subsistera. De là quelques conséquences notables.

1° L'article 228 est applicable : il dit que la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. C'est au moins soutenable et il faut ajouter que c'est généralement admis[1]. Il est vrai que l'article 228 vise seulement le cas de dissolution ; or dissolution et annulation sont choses très différentes ; mais, en cas d'annulation, il y a manifestement identité de motifs pour imposer le même sursis : le respect dû aux convenances et surtout la crainte des confusions de paternité.

2° Il se sera vraisemblablement établi, à la suite du mariage plus tard annulé, une communauté d'intérêts pécuniaires, surtout s'il s'est écoulé un temps quelque peu long entre la célébration et l'annulation du mariage ; ce temps peut être très long, notamment en cas de nullité ne se couvrant pas. La nécessité d'une liquidation s'imposera. Seulement l'association sera liquidée comme société de fait, non comme société conjugale, c'est-à-dire qu'on n'appliquera pas les règles spéciales du régime matrimonial adopté par les époux, mais celles des simples sociétés.

3° La filiation des enfants issus du mariage annulé reste prouvée. Aux termes de l'article 319, la filiation des enfants légitimes ou issus du mariage se prouve par l'acte de naissance, c'est-à-dire par la simple indication dans l'acte, sur la déclaration faite par les déclarants, du nom des père et mère. Il en est autrement pour la filiation naturelle, qui ne peut être établie que par une reconnaissance émanant des auteurs (article 334). Quant à la preuve, la situation est donc très différente. Quelle est la situation des enfants nés d'un mariage plus tard annulé ? Il y aurait impossibilité à leur appliquer l'article 334, car, puisqu'en fait il y avait mariage, on n'a pas pu songer à les reconnaître. Leur filiation a été établie ; dès qu'elle l'a été, elle le reste. Il serait déraisonnable qu'il en fût autrement et qu'une filiation établie régulièrement eu égard aux faits actuels fût ensuite regardée comme ne l'étant pas. Donc la filiation reste établie. Si le mariage est annulé pour bigamie, les enfants sont adultérins ; s'il est annulé pour parenté ou alliance, ils sont incestueux ; s'il l'est pour toute autre cause, ils sont simplement naturels.

1. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 228.

C'est un des cas, le principal peut-être des cas dans lesquels la filiation adultérine ou incestueuse peut se trouver régulièrement établie : quand un mariage a été annulé pour bigamie ou inceste. En général, la loi prohibe la constatation, la preuve des filiations adultérines ou incestueuses (article 335); ici, la preuve résulte d'une situation judiciairement établie ; il n'y a pas à s'y soustraire : la filiation est établie.

4° La question se pose de savoir si les rapports d'alliance ne subsistent pas, au moins quant aux incapacités qui en résultent. C'est un des aspects d'une question rencontrée précédemment, celle de savoir si l'alliance, qui est normalement un effet du mariage, ne peut pas aussi résulter des relations hors mariage, par exemple pour l'application des articles 161 et suivants.

Il y a donc des applications nombreuses de cette idée que l'annulation, à l'inverse de la dissolution, efface rétroactivement le mariage. Sauf quelques restrictions, c'est la règle.

290. B. *La bonne foi des époux ou de l'un d'eux empêche dans une certaine mesure cette rétroactivité.* Le mariage, dans la langue juridique traditionnelle, est dit alors *putatif*, c'est-à-dire qu'il est réputé être ce qu'il n'est pas. On qualifie de la sorte le mariage qui, quoiqu'annulé, est réputé avoir été valable et produit ses effets vu la bonne foi, parce que les époux l'ont cru bon, ont pensé qu'il était bon. Etant annulé, il cesse d'exister dans l'avenir ; mais, quoique annulé, il produit les effets d'un mariage qui, au lieu d'être annulé, serait simplement dissous.

La notion du mariage putatif apparaît donc comme étant une dérogation aux effets ordinaires de l'annulation. L'article 201 porte : « Le mariage qui a été déclaré nul produit « néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à « l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. » L'article 202 ajoute : « Si la bonne foi n'existe que de la part « de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets « civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du « mariage. » Partant, les conséquences signalées plus haut comme résultant de la rétroactivité inhérente à l'annulation du mariage ne se produisent plus ; elles ne se produisent plus au regard des enfants dès que l'un des auteurs a été de bonne foi, ni au regard de celui des époux qui a été de bonne foi.

Pourquoi ? On a considéré que l'équité l'exige. Les époux ont cru contracter une union honnête et valable ; il est équitable que leur bonne foi ne soit pas trompée, que leur attente ne soit pas déçue, qu'ils ne soient pas victimes de faits inconnus d'eux ou imprévus. La théorie du mariage putatif est une protection qu'il a paru nécessaire d'assurer à la bonne foi. En conséquence, l'union est bien dissoute, puisqu'elle est entachée d'une cause de nullité ; mais ses effets se sont produits et les conséquences subsistent, comme si le mariage, au lieu d'être annulé, avait été seulement dissous. En d'autres termes, la bonne foi empêche la rétroactivité de l'annulation ; elle assimile l'annulation à la dissolution.

291. Suivons les applications de cette idée, d'abord par rapport aux enfants, ensuite par rapport aux époux eux-mêmes.

I. *Par rapport aux enfants.* — En ce qui les concerne, le mariage est putatif par cela seul que l'un des époux a été de bonne foi, à plus forte raison quand ils l'ont été tous les deux. De là résultent deux conséquences.

1° Les enfants issus du mariage, quoique celui-ci soit annulé, sont considérés comme légitimes au regard de leurs deux auteurs et par rapport aux parents de ceux-ci ; ils ont et conservent tous les droits inhérents à cette qualité. Les époux de bonne foi ont compté laisser une postérité légitime; quoique le mariage soit annulé, la postérité reste légitime.

2° Les enfants nés avant le mariage et légitimés par le mariage restent légitimés. Cependant cette application de la règle est contestée, au moins dans un cas. Elle est admise communément quant aux enfants naturels simples. On nomme ainsi les enfants nés de deux personnes non parentes ou alliées au degré où le mariage est prohibé, dont aucune n'était engagée dans les liens du mariage, qui en conséquence auraient pu, de ce chef au moins, se marier, de sorte que leur mariage n'est nul que par suite d'une autre cause, telle qu'une irrégularité de forme. Ces enfants simplement naturels auraient été légitimés par le mariage valable des père et mère ; or, quoiqu'annulé, le mariage putatif produit les effets civils : donc il les légitime. L'article 202, il est vrai, semble restrictif ; il ne parle que des enfants issus du mariage. Mais ce n'est pas ce texte qui fournit la règle du mariage putatif, c'est l'article 201. L'article 202 ne pré-

voit qu'une application, une restriction ; l'article 201 est plus général.

Faut-il décider de même quant aux enfants dont la filiation est adultérine ou incestueuse, c'est-à-dire quant à ceux nés d'un père et d'une mère dont le commerce a été, à leur insu, adultérin ou incestueux ?

Prenons un exemple. Un homme marié a un enfant d'une femme libre, qui croyait cet homme célibataire ; ils se marient, ou bien l'homme se croyant devenu veuf quand il ne l'est pas et tous deux étant alors de bonne foi, ou bien l'homme sachant qu'il est déjà marié et la mère seule étant alors de bonne foi, ce qui n'empêche pas le mariage d'être putatif au regard des enfants. Plus tard, le mariage est annulé. L'enfant né et reconnu avant le mariage est-il légitimé ? L'affirmative semble résulter des articles 201 et 202, car le mariage putatif produit les effets civils ; or un de ces effets est la légitimation ; donc l'enfant est légitimé. Il y a cependant une difficulté à cela. Un mariage putatif peut bien produire les mêmes effets qu'un mariage valable, mais pas plus ; or un mariage valable n'aurait pas légitimé les enfants adultérins ou incestueux (article 331) ; comment alors un mariage qui n'est que putatif, c'est-à-dire qui ne produit les effets civils que par faveur et exception, entraînerait-il la légitimation ?

L'objection est considérable. Cependant il paraît conforme à l'esprit de la loi que la bonne foi soit considérée comme couvrant toutes les irrégularités et, dès lors, que les effets du mariage se produisent. C'est ce que dit l'article 201 : le mariage produit les effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants. Puis, si le mariage confère la légitimité aux enfants qui en sont issus, quoiqu'en réalité ils soient adultérins ou incestueux, ce que nul ne conteste, qu'y a-t-il donc d'inadmissible à ce qu'il la donne aux enfants nés avant ? La bonne foi efface ici le vice de la filiation ; elle l'efface pendant le mariage ; pourquoi ne purgerait-elle pas le vice d'une filiation antérieure ? La situation est exceptionnelle ; la concession faite est toute de faveur ; il ne faut pas raisonner ici avec rigueur, mais admettre la solution légale, telle qu'elle est.

Si on s'y refuse, on arrivera à des résultats non moins singuliers. Supposons un enfant né avant le mariage et un au-

tre après, de deux personnes empêchées, mais à leur insu, ou bien par suite de l'existence d'un mariage antérieur non dissous, ou bien à raison d'une parenté ou d'une alliance ignorée pour le moment; les deux enfants ont même père et même mère, leur filiation est également entachée : l'un serait légitime, l'autre ne serait pas légitimé. Pourquoi ? La bonne foi qui protège l'un ne peut-elle pas aussi bien protéger l'autre ? Il faut conclure à la généralité d'application des articles 201 et 202.

Tels sont les effets du mariage putatif au regard des enfants.

II. *Effets par rapport aux époux.* — Le mariage est putatif pour tous deux, s'ils ont été tous deux de bonne foi ; il l'est pour celui des deux qui a été de bonne foi, sans l'être pour l'autre, dans le cas contraire (article 202). De là résultent les conséquences suivantes.

1° La femme, si le mariage est putatif quant à elle, peut continuer à porter le nom de son mari. C'est un des effets du mariage valable ; or le mariage putatif produit les effets civils.

2° L'époux mineur, s'il a été de bonne foi, a été émancipé par le mariage et le reste, pour la même raison.

3° Les rapports de parenté et d'alliance se sont produits et persistent entre l'époux de bonne foi et les parents de l'autre, mais non au profit de cet autre époux.

4° La femme, si elle est de bonne foi, peut se prévaloir de son incapacité (article 225) ; elle a le bénéfice de son hypothèque légale (article 2121) ; l'époux de bonne foi peut réclamer à l'autre une pension alimentaire (articles 205 et 207).

5° L'époux de bonne foi peut succéder à son conjoint, non seulement s'il est mort avant l'annulation, mais aussi dans le cas contraire, quoique ce dernier point puisse prêter au doute.

6° L'époux de bonne foi a sur ses enfants la puissance paternelle, avec tous les éléments qu'elle comprend sur les enfants légitimes et tous les droits qui y correspondent.

7° Les conventions accessoires du mariage reçoivent leur exécution.

Ce sont là des effets qu'un mariage valable aurait produits; quoiqu'annulé, le mariage les produit s'il est putatif.

Le mariage putatif produit donc des effets au regard des enfants et au regard des époux. On s'est demandé souvent s'il en produit à l'égard des tiers? Nul doute qu'il produise les effets consistant dans des droits des époux contre les tiers ; c'est ainsi par exemple que la femme, si elle est de bonne foi, peut se prévaloir de son hypothèque légale. Mais il ne produit pas les effets consistant dans des droits des tiers contre les époux Par exemple, si les époux étaient mariés sous le régime de communauté, les tiers ne pourraient pas invoquer l'article 1419 : « Les créanciers peuvent poursuivre le paie-« ment des dettes que la femme a contractées avec le consen-« tement du mari, tant sur tous les biens de la communauté, « que sur ceux du mari ou de la femme. » En effet, la théorie du mariage putatif est une dérogation aux effets ordinaires de l'annulation ; or les articles 201 et 202 ne consacrent la dérogation qu'au profit des époux et des enfants ; l'exception ne doit pas être étendue davantage.

292. Telle est la notion générale du mariage putatif ; telles sont les conséquences qui, en cas d'annulation, résultent de la bonne foi.

Précisons davantage sur deux points : 1° quand le mariage est-il putatif ? — 2° Dans quelle mesure exacte produit-il ses effets malgré l'annulation qui survient ?

I. *Quand le mariage est-il putatif ?*

293. L'article 201 est très explicite : « lorsqu'il a été contracté de bonne foi ». La bonne foi consiste dans la croyance où étaient les époux, ou l'un d'eux, qu'ils contractaient un mariage valable ; elle résulte de l'ignorance où ils se sont trouvés de l'obstacle qui s'opposait au mariage ; elle résulte, en d'autres termes, d'une erreur commise.

Ce peut être une erreur de fait, consistant dans l'ignorance d'une circonstance de fait. Dans certains cas, elle est commune aux deux conjoints et alors il y a bonne foi des deux parties. Par exemple, une personne croit son conjoint décédé et se remarie, puis le conjoint qu'on croyait mort reparaît ; il y a bigamie à l'insu des parties, contre leur prévision. A la rigueur, on peut supposer, par suite de conjonctures

singulières, que des rapports de parenté ou d'alliance soient inconnus lors du mariage et ne se révèlent que plus tard ; le mariage d'Œdipe et de Jocaste eût été un mariage putatif.

Plus facile à supposer est le cas d'une erreur de fait existant seulement de la part d'un des conjoints ; alors il y a bonne foi seulement de la part de celui qui est dans l'erreur parce qu'il a été trompé. Par exemple, un des conjoints est déjà marié, l'autre l'ignore ; celui-ci est dans l'erreur ; en cas d'annulation, il aura été de bonne foi. Un des conjoints est étranger ; il a trompé l'autre sur sa nationalité ; celui-ci découvre la méprise et demande la nullité pour erreur dans la personne : il aura été de bonne foi. De même dans toute autre hypothèse de nullité.

Une erreur de fait peut donc certainement constituer la bonne foi.

Ce peut, en outre, être une erreur de droit, consistant dans la fausse conception des conséquences légales d'un fait d'ailleurs connu. Ici encore, l'erreur et par suite la bonne foi peuvent être communes aux deux époux, ou particulières à l'un d'eux. Un beau-frère et une belle-sœur se marient, ignorant l'un et l'autre, ou l'un d'eux seulement, que le mariage leur est interdit, ou du moins n'est permis qu'en vertu de dispenses. Les époux ou l'un d'eux, ayant des ascendants, se sont mariés sans le consentement de ceux-ci, mais croyant, vu leur âge, ne pas avoir à l'obtenir. Autant d'erreurs de droit. L'erreur de droit suffit à caractériser la bonne foi. Il est vrai que nul n'est censé ignorer la loi, que nul, au moins en principe, ne peut se faire un titre de ne pas l'avoir connue ; mais ce principe comporte une exception, que nous avons signalée sous le titre préliminaire, en nous occupant de l'autorité des lois : pour l'application des règles dont le but est de protéger la bonne foi, il a toujours été admis et il est encore admis sans conteste que l'erreur de droit est aussi efficace que l'erreur de fait. Il y a des erreurs de droit qui sont plus admissibles et plus excusables que certaines erreurs de fait ; dès qu'on admet que la bonne foi excuse l'erreur, elle doit excuser l'erreur de droit comme l'erreur de fait.

Donc la bonne foi peut résulter également d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit. Il suffit, pour que le mariage soit putatif, qu'il y ait eu erreur et par suite bonne foi, lors de la célébration du mariage, sans qu'il faille tenir compte

de ce que l'erreur aurait été ensuite reconnue et de ce que, par suite, la bonne foi aurait disparu. L'article 201 regarde comme putatif le mariage contracté de bonne foi ; cela suffit et la pleine connaissance des choses survenant ne diminuerait pas l'intérêt que méritent les conjoints, le droit qu'ils ont, tous deux ou l'un d'eux, d'être protégés contre les suites de l'irrégularité commise à leur insu.

294. C'est aux époux, ou à celui qui se prétend de bonne foi, à en justifier. En effet, le caractère putatif du mariage, d'où résulte l'application des articles 201 et 202, est une exception, puisque, de droit commun, l'annulation rétroagit ; c'est à celui qui invoque l'exception de prouver qu'il y a droit. Le jugement prononçant la nullité constatera la bonne foi et, en conséquence, déclarera que le mariage est putatif.

Cela ne fait pas doute quand l'erreur alléguée est une erreur de droit. La bonne foi, dit-on, ne peut pas se présumer ici, car, en principe, nul n'est censé ignorer la loi ; il faut donc qu'elle soit établie. Pourquoi en serait-il autrement quand il s'agit d'une erreur de fait ? On a objecté l'article 2268 : « La « bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui al- « lègue la mauvaise foi à la prouver. » Mais c'est là une présomption toute spéciale à la prescription[1].

295. Plus délicate est la question de savoir jusqu'à quel degré l'ignorance ou l'erreur sont admissibles comme constituant la bonne foi. Il faut que l'erreur soit plausible, justifiable et justifiée ; mais jusqu'où est-elle admissible ? Jusqu'où peuvent aller les concessions à faire à la bonne foi ?

Dès qu'il y a mariage, c'est-à-dire dès qu'il y a eu une célébration, quelque grave que soit la cause de nullité, qu'elle soit substantielle ou simplement dirimante, quelle que soit l'erreur et quand même elle serait énorme, l'article 201 est applicable. La plus grande latitude est laissée au juge pour admettre ou rejeter l'exception de bonne foi. Il faut être indulgent à la faiblesse humaine et aller, pour cela, jusqu'où peut aller l'inexpérience humaine.

Mais faut-il aller plus loin et admettre l'application de l'article 201 même quand il n'y a pas mariage ?

Les avis sont partagés. Ainsi deux personnes s'imaginent (admettons que l'inexpérience puisse aller jusque-là, ce qui

1. Trib. de la Seine 20 mai 1879, Journal *Le Droit* du 21 mai.

sera une question à juger en fait) qu'il suffit de se convenir, de consentir pour être mariées, ou bien, ce qui est plus supposable, qu'il suffit de se marier devant un ministre du culte. Elles reconnaissent plus tard leur erreur. L'article 201 est-il applicable ? Il n'y a pas place ici pour une annulation ; on n'annule pas le néant. Ce qu'elles ont de mieux à faire, c'est de se marier au plus tôt et cette fois régulièrement. La question s'est présentée à plusieurs reprises pour des mariages célébrés devant un ministre du culte ; les solutions de la jurisprudence ont été très diverses [1].

Nous inclinons à penser que les articles 201 et 202 ne sont pas applicables. Pour qu'un mariage soit putatif, il faut au préalable qu'il soit, qu'il y ait au moins la substance du mariage ; le mariage ne peut avoir un caractère qu'à la condition d'être. L'article 201 le prouve, puisqu'il parle d'un mariage déclaré nul ; or, dans les hypothèses signalées, il n'y a pas d'annulation possible, puisqu'il n'y a pas de mariage ; donc c'est un fait putatif, ce n'est pas un mariage putatif. Pour être putatif, il faut qu'un mariage soit annulé ; or, pour être attaqué et annulé, il faut qu'un mariage ait été contracté et que la preuve en soit possible ; donc il faut au moins la célébration. L'article 201 le suppose explicitement, car il dit que le mariage produit les effets civils « lorsqu'il a été *contracté* de bonne foi ». Cependant les avis sont partagés [2].

II. *Dans quelle mesure le mariage putatif produit-il ses effets malgré l'annulation qui survient ?*

296. L'article 201 contient à cet égard une formule simple, déjà rappelée plusieurs fois : le mariage, quoiqu'annulé, produit les effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants. Cette formule, toutefois, n'est pas à elle seule suffisante ; l'article 202 la précise en la limitant, au moins en ajoutant une distinction essentielle, selon que l'erreur qui constitue la bonne foi a été commune aux deux époux ou personnelle à l'un d'eux, en d'autres termes selon que les deux époux ont été de bonne foi ou l'un d'eux seulement.

1. Aubry et Rau, V, p. 46 et 47, texte et notes.
2. Voy. Laurent, *Principes*, II, p. 650 et suiv.,— Marcadé, *Explication du Code civil*, 7e édition, I, p. 540 et suiv., — Valette, *Cours*, p. 306.

Comme c'est à raison de la bonne foi que le mariage, quoiqu'annulé, produit les effets civils et comme il est naturel que la bonne foi ne profite que là où elle existe, l'article 202 ajoute : « Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des « deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en « faveur de cet époux et des enfants issus du mariage. »

De sorte que, par rapport aux enfants, la distinction faite par l'article 202 est sans application. Quant à eux, le mariage est putatif et il produit tous ses effets, soit que les deux époux aient été de bonne foi (c'est l'hypothèse de l'article 201), soit que l'un d'eux seulement l'ait été (c'est l'hypothèse de l'article 202). En effet, la condition des enfants ne saurait être scindée ; dès qu'on voulait que le mariage produisît ses effets vis-à-vis d'un de leurs auteurs, il fallait bien qu'il les produisît par rapport à eux.

Au contraire, la distinction que fait l'article 202 a une grande importance par rapport aux époux. Le mariage est putatif pour tous deux si l'erreur leur a été commune, s'ils ont été tous deux de bonne foi ; sinon, celui-là seul peut en réclamer les effets chez qui la bonne foi a été reconnue. Cette décision est équitable, conforme au principe même de l'article 201. Il en résultera parfois des situations singulières.

D'abord au regard des enfants. La situation n'a rien que de très naturel si les deux auteurs ont été de bonne foi ; tout concorde : la famille est légitime. Si l'un deux seulement a été de bonne foi, la mère par exemple, la situation est bizarre : l'enfant est légitime vis-à-vis de ses deux auteurs, en ce sens qu'il a, par rapport à tous deux et par rapport aux parents de tous deux, les droits d'un enfant légitime, mais le père, lui, n'est qu'un père naturel, peut-être adultérin ou incestueux, en ce sens qu'il n'a que les droits pouvant lui appartenir comme tel. Il est le père naturel d'un enfant légitime. Les effets civils du mariage se produisent au profit de l'enfant contre le père, non au profit du père contre l'enfant. C'est l'application directe de l'article 202.

L'application de cet article peut entraîner aussi des conséquences singulières au regard des époux. Le mariage ne produit ses effets qu'au regard de l'époux de bonne foi, par exemple au regard de la femme seule. Il en résulte que la femme a

droit à une pension alimentaire et succède à son mari, mais sans que la réciproque soit vraie ; elle peut se prévaloir des conventions matrimoniales et non le mari, etc. Situation bizarre ! Un des époux peut se prévaloir contre l'autre de droits résultant du mariage, tandis que l'autre ne le peut pas, c'est-à-dire que les droits qui sont réciproques cessent de l'être. Rien là pourtant ne doit surprendre ; c'est le résultat d'une situation admise par faveur, admise dans une limite restreinte que trace la bonne foi.

CHAPITRE II

DES EFFETS DU MARIAGE.

297. Deux chapitres du titre V sont relatifs aux effets du mariage sans qu'aucune raison appréciable explique cette division : le chapitre V (articles 203 à 211) et le chapitre VI (articles 212 à 226).

298. Le chapitre V est en réalité presqu'étranger au sujet ; du moins il ne s'y rattache que très indirectement. Il traite de deux points.

1° Des devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants. C'est l'objet des articles 203 et 204, dont le texte est ainsi conçu : « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du « mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs « enfants.— L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère « pour un établissement par mariage ou autrement. » L'article 203 dit : *les époux contractent ensemble* ; donc ils ont action l'un contre l'autre, pour, au besoin, se contraindre réciproquement à l'exécution de leurs obligations. L'article ajoute : *par le fait seul du mariage* ; c'est inexact, car ce n'est pas là un effet du mariage, mais un effet ou une conséquence de la filiation. La preuve, c'est que l'obligation de nourrir, élever et entretenir les enfants, devoirs qui se résument dans le devoir d'éducation, incombent aux père et mère naturels de même qu'aux père et mère légitimes. Le devoir d'éducation ne découle pas du mariage et l'article 203 s'exprime inexactement quand il dit : « Les époux contractent, *par le fait* « *seul du mariage* » ; il aurait dû dire : « Le père et la mère « contractent par le fait de la filiation, de la procréation des « enfants. » Si le Code civil a visé là ce devoir d'éducation, qui incombe aux père et mère, cela tient à ce que, régulièrement et habituellement, les enfants naissent d'unions légitimes, c'est-à-dire du mariage ; alors c'est à propos du mariage qu'on a prévu la filiation et arrêté l'obligation qui en résulte. Le rap-

prochement s'explique. Toutefois, il n'y en a pas moins là un défaut certain de méthode et une erreur de doctrine. Dès que ces devoirs peuvent exister sans qu'il y ait mariage, ils ne sont pas un effet du mariage. Encore une fois, ils sont un effet de la filiation, qui peut, il est vrai, se produire en mariage, mais qui peut aussi se produire hors mariage. Ce n'est pas au titre du mariage que les articles 203 et 204 devraient figurer, mais au titre de la puissance paternelle (titre IX). La puissance paternelle comprend deux éléments : 1° certains devoirs résultant de la filiation, devoirs de paternité auxquels se réfèrent précisément les articles 203 et 204, — 2° certaines prérogatives ou droits reconnus au père et à la mère comme moyens de remplir les devoirs qui leur incombent. Or, si les droits sont au titre IX, les devoirs sont au titre V, dans les articles 203 et 204 ; c'est une mauvaise disposition des idées et des textes. Toutefois il n'y a pas de doute en définitive ; les articles 203 et 204 énoncent une obligation de paternité, non un effet du mariage.

2° Le chapitre V traite de l'obligation ou dette alimentaire (articles 205 à 211), c'est-à-dire de l'obligation qui incombe à certaines personnes de fournir à d'autres ce qui est indispensable à la vie, ce que l'on comprend, en droit, sous le nom d'aliments : logement, nourriture, entretien. Or l'obligation alimentaire n'est pas encore un effet du mariage, sauf dans une de ses applications, quand il s'agit de la dette alimentaire entre époux : mais alors elle est relevée au chapitre VI, dans l'article 212 ; c'est un effet de la parenté, quelquefois de l'alliance ; c'est, en d'autres termes, une obligation de famille. La preuve est que l'obligation de fournir des aliments incombe aux parents naturels comme aux parents légitimes ; donc elle ne découle pas du mariage. Si les rédacteurs du Code civil ont visé à cette place cet effet de la parenté, c'est que le mariage est la source de la parenté légitime par la filiation ; alors, traitant du mariage, ils ont prévu la parenté et ont été conduits à traiter d'un de ses effets, qui peut en être la suite, qui en est la suite habituelle. Il y a encore là un défaut certain de méthode et une terminologie vicieuse. Dès que l'obligation alimentaire peut exister sans qu'il y ait mariage, elle n'est pas un effet du mariage ; elle est un effet de la parenté, qui peut,

il est vrai, se produire en mariage, mais qui peut aussi se produire hors mariage [1].

En résumé, le chapitre V, qui ne s'occupe que de la dette d'éducation et de la dette alimentaire, ne se rattache qu'indirectement au mariage ; en tout cas, il ne s'y rattache pas nécessairement, les obligations qu'il relève résultant de la parenté ou de l'alliance.

299. Le chapitre VI, sous la rubrique *Des droits et des devoirs respectifs des époux*, est bien plus dans le sujet. Il traite de deux points, qui se rattachent directement au mariage.

1° Il traite de quelques droits et devoirs généraux des époux l'un envers l'autre. C'est l'objet des articles 212 à 214.

« Les époux, dit l'article 212, se doivent mutuellement fidé« lité, secours et assistance. » Ces droits et ces devoirs tiennent à la qualité d'époux ; ils sont mutuels, réciproques ; ils résultent du mariage et n'existent pas sans lui : ce sont bien des effets directs du mariage.

« Le mari, dit l'article 213, doit protection à sa femme, la « femme obéissance à son mari. » L'article 214 ajoute : « La « femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre « partout où il juge à propos de résider ; le mari est obligé « de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire « pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. » Ces droits et devoirs tiennent encore à la qualité d'époux ; mais ils ne sont plus réciproques ; ils se correspondent et tiennent à la nature des fonctions respectives des époux dans le mariage. Toujours est-il que ce sont bien des effets du mariage, puisqu'il s'agit de devoirs et de droits attachés à la qualité d'époux.

2° Le chapitre VI traite en outre de la condition de la femme mariée, c'est-à-dire de l'incapacité dont elle est atteinte en sa qualité de femme mariée. C'est l'objet des articles 215 à 226, c'est-à-dire de tout le reste du chapitre. C'est bien encore là un effet du mariage, puisqu'il s'agit de la condition civile de la femme mariée.

300. Le chapitre VI est donc bien relatif aux effets du mariage. Seulement sont-ce là tous les effets du mariage ? Non, tant s'en faut. Il en est beaucoup d'autres auxquels les textes ne

1. La dette alimentaire n'étant pas un effet propre du mariage, il n'en doit pas être traité dans le présent chapitre ; l'étude en sera faite plus loin, dans un *Appendice* à la matière du mariage.

font pas même allusion et ce sont les effets essentiels, les effets les plus directs et les plus immédiats : la vie commune, les droits et obligations qui s'y rattachent, le *consortium omnis vitae*. Il est remarquable que partout, dans ce titre V, aussi bien quand il s'agit des conditions et qualités requises pour le mariage et des causes de nullité que maintenant à propos de ses effets, le Code omet ce qui est substantiel, c'est-à-dire ce qu'implique et suppose la nature même du mariage. Pourquoi ce silence? C'est qu'à ce propos les mœurs suppléent au silence du Code, de sorte que la coutume suffit ; à quoi bon la loi interviendrait-elle? Les seuls effets formellement relevés sont les effets de droit positif, plus ou moins conventionnels, non substantiels ; quant à ces derniers, à quoi bon les consacrer, puisqu'ils sont substantiels ?

Même quant aux effets de droit, la loi ne les relève pas tous et surtout elle ne les relève pas au titre du mariage. Quelques-uns sont sous-entendus, les autres sont épars un peu partout dans le Code, les premiers parce que la coutume y suffit, les autres parce qu'ils ne se produisent pas toujours, mais seulement à raison de circonstances qui peuvent ne pas se présenter. Signalons-les, avant de revenir aux deux points particuliers, seuls traités dans le chapitre VI, qui sont relatifs à la condition générale des époux entre eux.

301. Nous en signalerons neuf. Les trois premiers dérivent de cette idée générale que la femme, par l'effet du mariage, suit la condition civile et sociale du mari. La loi moderne ne reconnaît pas ce qu'on appelait jadis, ce qu'on appelle encore dans quelques pays le mariage morganatique, ou de la main gauche, qui, tout en étant un véritable mariage, a ceci de particulier qu'il n'associe pas la femme à la condition sociale du mari. L'égalité de condition civile est légalement de l'essence du mariage. De là résultent les conséquences suivantes.

1° La femme acquiert et porte désormais le nom patronymique du mari ; elle acquiert avec le nom, s'il y a lieu, le titre qui en fait partie ; elle a droit à l'un et à l'autre pendant le mariage et même après la dissolution du mariage, sauf en cas de divorce (article 299), du moins tant qu'elle ne contracte pas une nouvelle union, auquel cas elle prend le nom du second mari.

C'est un effet très conforme à la nature du mariage. Le

mari, d'après la tradition, est le chef responsable de l'association conjugale ; son nom en est la raison sociale : donc les deux associés le portent. En outre, cet effet s'impose comme une nécessité pratique, car, sans cela, quel nom prendraient les enfants ? Celui du père ou celui de la mère ? Ils pourraient, il est vrai, prendre les deux, à l'exemple de l'enfant adoptif qui porte deux noms (article 347). Mais ce qui est possible en cas d'adoption, fait exceptionnel, ne serait pas pratique en devenant général. Tout individu né en mariage aurait ainsi deux noms ; se mariant à son tour et ajoutant aux siens ceux de son conjoint, il en aurait quatre ; les enfants, se mariant à leur tour, en auraient huit, etc. Les choses ne peuvent aller ainsi. L'usage est donc raisonnable, quoiqu'il ait été attaqué au nom du droit de la femme, comme marquant pour elle une infériorité.

Cependant nulle part cela n'est écrit ; c'est seulement du droit coutumier. De là certaines variétés locales. Il est quelques pays et aussi certaines professions où le mari joint à son nom celui de la femme et où des deux noms réunis on fait en quelque sorte la raison sociale de l'association conjugale ; mais les enfants ne prennent que le nom de leur père. De là aussi l'habitude, dans les actes publics, de faire figurer les femmes mariées sous leur nom patronymique personnel. Les notaires se croient tenus de procéder ainsi, ce qui est absolument contestable ; la plupart des grandes administrations se refusent de même à ne désigner la femme que sous le nom du mari : elles ne traitent avec elle que sous son nom personnel, et cela parce que nulle part il n'est dit que la femme porte le nom du mari.

Cependant, quoique non consacré par un texte, ce n'en est pas moins là un point de droit certain. Nul n'en avait jamais douté, lorsque la règle a été mise en question depuis 1884. Le doute a surgi par suite d'une difficulté d'application, en cas de divorce. La femme divorcée garde-t-elle le nom du mari ? La femme garde le nom du mari en cas de dissolution par décès du mari ; en est-il de même au cas de divorce ?

La question n'a pas été tranchée par la loi de 1884 sur le divorce. Pour n'avoir pas à la résoudre, le législateur s'est demandé si, pendant le mariage, la femme a bien le droit de prendre le nom du mari ; car, si elle n'y a pas droit pendant le mariage, il n'y a pas à régler ce qui se passe après.

On a mis ce droit en doute, attendu qu'il n'est consacré formellement nulle part.

En fait, c'est un système assez mesquin ; le législateur doit savoir aborder de front les difficultés qui surgissent. En droit, c'était se montrer bien scrupuleux ; c'était oublier qu'à côté du droit écrit il y a une autre source du droit, tout aussi obligatoire que le droit écrit : la coutume. Or, jamais usage ne fut plus ancien, plus universel, mieux consacré ; par conséquent, il constitue une coutume caractérisée et est obligatoire. C'est un effet civil du mariage. Il a bien fallu en convenir et par conséquent résoudre la question en cas de divorce. De là la loi du 6 février 1893, qui a complété l'article 299 par l'adjonction de la phrase suivante : « Par « l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son « nom. » Cela confirme formellement, quoiqu'implicitement, la pratique coutumière [1].

2° Une autre conséquence découle de l'idée que la femme suit la condition sociale du mari. Par là s'explique un autre effet, direct encore et immédiat, du mariage : la femme mariée acquiert *ipso facto* le domicile du mari (article 108). C'est un domicile de dépendance, une conséquence de la cohabitation, un corollaire de l'article 214, dont la teneur est la suivante : « La femme est obligée d'habiter avec le mari « et de le suivre partout où il juge à propos de résider ; le mari « est obligé de la recevoir..... » Aussi l'article 108 cesse de s'appliquer, c'est-à-dire que la femme, quoique mariée, a un domicile autre que celui du mari, un domicile propre, en cas de séparation de corps, parce qu'alors le devoir de cohabitation n'existe plus. L'article 108 actuel est formel en ce sens dans son second alinéa, tel qu'il résulte de la loi du 6 février 1893 : « La femme séparée de corps cesse d'avoir pour do- « micile légal le domicile de son mari. »

3° Par la même idée s'explique que la femme acquière la nationalité du mari. Elle devient française si, étant étrangère, elle épouse un français (article 12) ; elle devient étrangère si, étant française, elle épouse un étranger (article 19). Dans les deux cas, l'acquisition ou la perte de la qualité de française est un effet direct du mariage.

4° Il est un quatrième effet du mariage, qui est un effet direct et immédiat comme les trois précédents, mais qui

1. Voy. *Introduction, Explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 63 et 64.

ne se rattache pas à la même idée. A défaut de texte, c'est encore un de ceux qui sont consacrés par le droit coutumier et il ne faut pas oublier, encore une fois, que la coutume est une des sources du droit positif, tout aussi obligatoire que le droit écrit. Voici quel est cet effet : le mariage établit des rapports d'alliance entre chaque époux et les parents de l'autre.

Plus d'une fois déjà, nous avons rappelé que l'alliance est le lien qui s'établit entre chaque époux et les parents de l'autre. Chaque époux a pour alliés les parents de son conjoint ; il a pour alliés en ligne directe les parents en ligne directe de son conjoint, c'est-à-dire ses descendants ou ascendants, et pour alliés en ligne collatérale les parents en ligne collatérale de son conjoint. De l'alliance résultent quelques incapacités, notamment certains empêchements au mariage (articles 161 et 162 C. civ., article 378 C. proc. civ.); il en résulte ainsi quelques droits : notamment certains alliés sont tenus au regard l'un de l'autre de la dette alimentaire (articles 206 et 207)[1].

C'est une question de savoir si l'alliance, ainsi formée par le mariage, survit au mariage quand arrive la dissolution. Rien de moins concordant que les solutions qui ont prévalu à cet égard, au moins dans l'usage, car les textes sont muets. Relativement aux quelques incapacités qu'elle entraîne, l'alliance survit au mariage et est perpétuelle. Il en est ainsi en ce qui concerne les empêchements de mariage établis par les articles 161 et 162 ; l'empêchement résultant de l'alliance ne commence même à vrai dire qu'après la dissolution du mariage, car jusque-là une autre cause met obstacle à tout nouveau mariage : l'existence d'un mariage antérieur non dissous. Après la dissolution du premier mariage, c'est bien l'alliance qui désormais empêche le mariage entre alliés en ligne directe et entre beau-frère et belle-sœur. L'obstacle alors est perpétuel ; cela ne fait pas doute.

Il en est de même dans quelques autres cas. Ainsi l'alliance entre deux beaux-frères ne cesse pas, au point de vue des

1. Nous avons signalé déjà (*suprà*, n° 232) la question de savoir si les relations hors mariage établissent des rapports d'alliance. La question se pose notamment à propos des empêchements de mariage. Traditionnellement, l'alliance est considérée comme un effet du mariage et ne se comprend qu'en mariage.

prescriptions de l'article 35 de la loi municipale du 5 avril 1884, par le décès de la femme dont le mariage avait produit l'alliance ; il en est ainsi alors même que le beau-frère devenu veuf a contracté un nouveau mariage[1]. Ainsi encore l'alliance est considérée comme survivant à la dissolution du mariage au point de vue de l'application de l'article 378 du Code de procédure civile, en matière de récusation de juge. D'où l'on peut conclure que, relativement aux incapacités qu'elle entraîne, l'alliance est perpétuelle quant à ses effets.

Quant aux droits qui en découlent, il n'en est pas tout à fait de même, notamment quant à la dette alimentaire, dans l'hypothèse de l'article 206. La question se pose en cas de dissolution du mariage par décès. Un mari meurt ; son père et sa mère ont-ils le droit d'exiger des aliments de leur belle-fille, ou réciproquement ? La femme meurt ; son père et sa mère ont-ils le droit d'exiger des aliments de leur gendre, ou réciproquement ? Il n'y a guère de doute. Si du mariage sont nés des enfants et s'ils sont encore actuellement vivants, l'alliance, malgré la dissolution du mariage, continue de produire ses effets ; les enfants nés du mariage la maintiennent. Si au contraire il n'est pas né d'enfant du mariage, ou que les enfants nés soient décédés, l'alliance s'évanouit. C'est en ce sens qu'on disait jadis : « Morte ma « fille, mort mon gendre » ; ce qui voulait dire que l'alliance, en l'absence d'enfants, disparaissait avec le mariage. L'article 206 a reproduit l'idée dans sa dernière phrase.

La question se pose également en cas de divorce. Depuis 1884, elle a été plusieurs fois jugée, particulièrement pour l'application de l'article 206. Un beau-père ou une belle-mère a-t-il le droit de demander des aliments à un gendre ou à une belle-fille après divorce prononcé ? Logiquement la solution devrait être la même qu'en cas de dissolution du mariage par décès. S'il n'y a pas d'enfants, l'alliance s'évanouit et avec elle la dette alimentaire ; s'il subsiste des enfants, l'alliance subsiste avec les droits qui en découlent, notamment celui d'exiger une pension alimentaire. L'article 206 ne distingue pas entre les causes de dissolution et l'absence de distinction est d'autant plus probante que le divorce existait dans le Code de 1804.

C'est en effet ce qui a été jugé par plusieurs Cours d'appel

1. Dijon 30 janvier 1889, Sir. 1889.II.32.

depuis 1884[1]. Mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire le 13 juillet 1891 : elle a décidé qu'en cas de divorce, qu'il y ait ou non des enfants, l'article 206 cesse d'être applicable[2]. On ne peut nier qu'il y ait en fait, au moins qu'il puisse y avoir une différence. Le divorce est bien une cause de dissolution du mariage, comme le décès ; mais c'est une dissolution d'un genre particulier : c'est une rupture. Voilà un gendre qui a eu des démêlés avec sa belle-mère ; brouille générale s'en est suivie, puis divorce ; sera-t-il encore tenu de lui payer une pension alimentaire ? Il se peut assurément qu'il le trouve excessif et s'en défende. Ce sont là des considérations de fait ; il est possible qu'en cas de divorce il y ait de l'animosité entre l'un des époux et les parents de l'autre, mais il est possible qu'il en soit autrement. C'est en droit que la question se pose. Or, à ce point de vue, à défaut de disposition contraire, le divorce produit les mêmes effets que le décès. Il se pourrait que l'arrêt de 1891 ne fît pas jurisprudence définitive ; la question reste entière et reviendra devant les chambres réunies de la Cour de cassation.

5° Des effets qui suivent, quelques-uns sont encore directs et immédiats ; mais ils sont moins généraux, en ce qu'ils ne se produisent que s'il y a lieu, selon les circonstances qui peuvent se présenter ou non. Nous avons eu, pour presque tous, à y faire allusion déjà. Voici d'abord le cinquième : le mariage entraîne émancipation de l'époux mineur, de tous les deux s'ils sont mineurs l'un et l'autre, ce qui n'est pas fréquent (article 476).

6° Il entraîne *ipso facto* la légitimation des enfants antérieurement nés, sous la seule condition qu'ils aient été reconnus avant le mariage, ou qu'ils le soient au plus tard dans l'acte de mariage (article 331).

7° Il confère aux époux, à tous deux quelquefois, à l'un d'eux nommément dans quelques cas, certains droits pécuniaires.

a) Il attribue éventuellement un droit de succession à l'époux survivant (article 767).

b) Il donne à la femme une hypothèque légale sur les immeubles du mari, comme sûreté de ses reprises (article 2121).

1. Paris 18 juillet 1889, Sir. 1890. II. 1 (note de M. Labbé).
2. Sir. 1891.I.311.

c) Il assure à la femme le droit à une pension de retraite, si le mari est fonctionnaire public, sous les conditions arrêtées par la loi du 9 juin 1853, articles 13 et suivants.

d) Il rend définitives et réalise les conventions matrimoniales, qui doivent être rédigées avant le mariage (article 1394), mais restent conditionnelles jusqu'au mariage (articles 1395 et 1088).

8° Le mariage est une cause de suspension de la prescription : la prescription ne court point entre époux, dit l'article 2253.

9° S'il naît des enfants du mariage, le mariage est le fondement des rapports de parenté légitime. Les enfants issus du mariage sont parents entre eux et, par l'intermédiaire des père et mère, ils sont parents de tous les parents de leurs père et mère jusqu'au douzième degré. La parenté est alors légitime; elle est la source de droits, d'obligations et parfois d'incapacités. De droits: par exemple, le droit au nom de la famille, le droit de succession ; d'obligations : par exemple, l'obligation alimentaire ; d'incapacités : par exemple certains empêchements au mariage. La question posée plus haut à propos de l'alliance ne se pose plus ici. Il a toujours été admis et il est encore admis sans conteste que la parenté est perpétuelle, que rien ne l'efface, à l'inverse de l'alliance. Elle est perpétuelle quant à ses effets, droits ou incapacités ; elle survit même au divorce.

302. Arrêtons là cette longue revue des effets du mariage ; nous retrouverons les plus importants sous les articles où ils sont mentionnés. Il est temps de revenir aux deux effets que le Code relève spécialement dans le chapitre VI : 1° les obligations que le mariage établit entre époux, — 2° l'incapacité civile de la femme mariée.

SECTION I. — **Devoirs respectifs des époux.**

303. Le mariage impose aux époux certains devoirs, d'où résultent des droits correspondants. Il ne s'agit là que des devoirs de stricte légalité, de ceux qui sont obligatoires sous sanction légale. La loi abandonne au seul contrôle des mœurs ceux qu'implique le *consortium vitae*, la vie commune ; ceux-là regardent la conscience et l'honneur des personnes ; l'affec-

tion les enseigne, le dévouement apprend à les remplir ; la loi reste à l'écart.

Les devoirs légaux sont de deux sortes. Les uns tiennent à la qualité même d'époux ; ils sont par conséquent communs aux deux époux, mutuels et réciproques. Les autres, quoique résultant encore du mariage, se rattachent à la nature du rôle respectif des époux dans le mariage ; ils sont, par là même, non plus réciproques et mutuels, mais particuliers à chaque époux ; ils se correspondent plutôt qu'ils ne sont réciproques. Les premiers sont indiqués dans l'article 212, les seconds dans les articles 213 et 214. Tout le reste du chapitre VI a trait à l'incapacité de la femme mariée.

§ 1. — Droits et devoirs mutuels et réciproques.

304. L'article 212 porte : « Les époux se doivent mutuelle-« ment fidélité, secours, assistance. »

A. *Fidélité.*

305. Chacun sait ce qu'il faut entendre par là. La foi conjugale oblige, puisqu'elle a été librement promise ; elle oblige comme toute parole donnée. Elle n'est pas seulement un devoir moral et d'honneur ; elle est un devoir légal, dont la violation a des conséquences civiles et pénales. Cette violation consiste dans l'adultère, le fait qui blesse et trouble le plus profondément la famille. Quelles en sont les suites légales ?

Sous certains rapports, si on tient compte du droit actuellement en vigueur, les époux sont, à cet égard, dans une situation identique ; sous d'autres rapports, la loi distingue encore entre le mari et la femme. Nous entrons dans une partie du sujet où s'agite de nos jours ce qu'on appelle le mouvement féministe, où se produisent les revendications au nom de l'égalité des sexes. Soit dit en passant, il circule à cet égard, dans la polémique, bien des inexactitudes de fait, qu'on tient pour vérités acquises. Précisément à cause de cela, le sujet mérite quelque attention.

306. Au point de vue civil, l'égalité est complète entre les deux époux quant aux suites de l'infidélité ; elle est complète depuis la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce. L'adultère par

lui-même, sans distinction, est, au profit de l'époux outragé, de la femme comme du mari, une cause soit de divorce (articles 229 et 230), soit de séparation de corps (article 306). D'après ces textes, dans leur rédaction actuelle, celle de 1884, aucune différence n'existe plus entre le mari et la femme.

Il en a été autrement de 1804 à 1884. L'adultère de la femme, dans quelque circonstance et en quelque lieu qu'il eût été commis, c'est-à-dire par lui-même et à lui seul, était une cause de séparation ou de divorce, à la demande du mari. Au contraire, l'adultère du mari n'était une cause de séparation ou de divorce, à la demande de la femme, qu'autant qu'il s'y joignait une circonstance aggravante : qu'autant, disait l'ancien article 230, que le mari avait tenu sa concubine dans la maison commune[1]. *Tenu sa concubine,* ce qui impliquait des relations suivies et devenues plus ou moins habituelles avec la même personne ; *dans la maison commune,* ce qui était considéré comme aggravant l'outrage pour l'épouse, puisque le fait s'accomplissait au foyer qui est le sien.

De là une double conséquence. D'un côté, de la part du mari, des faits accidentels d'infidélité, même commis dans la maison commune, n'auraient pas suffi à motiver la séparation ou le divorce ; d'autre part, même des faits suivis et devenus habituels n'auraient pas suffi davantage, s'ils eussent été commis ailleurs que dans la maison commune. On considérait que l'acte du mari ne devait être regardé comme une cause de divorce ou de séparation au profit de l'épouse que s'il constituait une injure grave pour elle, à raison de ce qu'il était commis dans la maison conjugale et de ce qu'il consistait dans des relations suivies, devenues habituelles, ce qui suppose non plus l'entraînement d'un moment, mais un abandon plus ou moins définitif de l'épouse.

Toutes ces distinctions, qui étaient écrites dans l'article 230, ont disparu. Les articles 229 et 230 sont aujourd'hui rédigés de même. D'où il résulte que désormais, de la part du mari comme de la part de la femme, un fait isolé, prémédité ou accidentel, peu importe, où qu'il ait été commis, dès qu'il est établi, devient une cause péremptoire de divorce ou de sépa-

1. Cette distinction était empruntée au droit de Justinien (Nov. 117, ch. 9). L'ancien droit n'admettait pas la femme à se plaindre de l'adultère du mari. Pothier, *Contrat de mariage,* n° 516.

ration au profit de l'époux qui l'invoque. L'égalité, au point de vue civil, est donc complète à cet égard entre le mari et la femme. C'est une des innovations importantes de la loi de 1884.

A-t-on bien ou mal fait de modifier ainsi, en 1884, le droit antérieur? Grave problème, souvent agité. Il y a des arguments sérieux dans les deux sens. Beaucoup, même parmi les moralistes les plus sévères, persistent à penser que l'adultère du mari n'a pas, au point de vue moral, une gravité égale à celui de la femme. En effet, de la part de l'homme, il est certain qu'un fait isolé et accidentel d'infidélité n'engage pas l'avenir. Il est ainsi fait (ce n'est pas à son honneur, si l'on veut, mais c'est la réalité) que la faute commise peut être pour lui sans lendemain et laisser intact l'amour des enfants, du foyer, même de l'épouse trompée par lui. De la part de la femme, au contraire (et c'est un hommage rendu à sa nature, à sa distinction), il n'y a pas de faute passagère, accidentelle; elle n'arrive à la chute qu'après avoir rompu, le plus souvent pour toujours, le lien qui l'attachait à son foyer et surtout à son mari. Si on observe que les occasions sont plus fréquentes pour l'homme, dont la vie est beaucoup plus extérieure, que pour la femme, que retient, indépendamment de ses susceptibilités plus grandes, sa mission de gardienne du foyer, qui niera qu'il faille à la femme, pour succomber, un effort de perversité plus soutenu et plus grand qu'à l'homme?

Quant au point de vue social, la différence est plus manifeste encore. On ne peut nier que les conséquences de l'adultère de la femme ne puissent être autres que celles de l'adultère du mari : la femme, en tombant, risque d'introduire dans la famille des enfants étrangers, qui usurperont les droits des enfants légitimes. Vainement on dira que si le mari n'expose pas sa propre famille, il porte, ce qui revient au même, le trouble dans la famille des autres. D'abord il n'en est ainsi que quand l'adultère est double, c'est-à-dire quand il est commis avec une femme mariée de son côté ; l'allégation n'est plus fondée quand il est commis avec une femme libre et ce sera presque toujours le cas quand il s'agira d'une infidélité passagère, accidentelle. C'est pour cela que l'adultère du mari n'était une cause de séparation ou de divorce, d'après le Code de 1804, que quand il avait été commis

dans la maison commune, parce qu'il souillait le foyer conjugal, et quand il était devenu habituel, de manière à impliquer l'abandon définitif de l'épouse. Que vise donc le droit nouveau en plus de l'ancien ? Uniquement le fait isolé, accidentel, qui aura été surpris, épié peut-être, soit par l'épouse, soit par des tiers empressés ou payés. Il est permis de craindre que l'innovation ne soit fatale à la paix de bien des ménages; il est douteux qu'elle ait pour résultat de perfectionner les mœurs de l'homme. Il est certain qu'elle poussera la femme à se prévaloir, pour en déduire les conséquences extrêmes, de faits qu'elle n'avait pas jadis à connaître, que le pardon couvrait souvent quand elle les connaissait, et cela pour le plus grand bien de la famille et surtout des enfants. La loi n'était donc pas si perverse quand, par l'article **230**, elle proportionnait les suites de l'adultère à sa gravité morale et sociale, en distinguant entre le mari et la femme [1].

La considération qui a décidé la réforme de 1884 peut être résumée ainsi. Dès que les deux époux ont échangé la même promesse, le manquement à la foi jurée est également grave de la part de l'un et de l'autre ; alors, pourquoi le même fait produirait-il, au point de vue civil, des conséquences différentes selon qu'il est commis par l'homme ou par la femme ? L'idée est simple et les idées simples ont toujours un grand avantage sur celles qui supposent une analyse de nuances. Elle a si bien prévalu en 1884 que les membres du Sénat ou de la Chambre des députés qui ont essayé de combattre l'innovation s'en sont presque excusés et ont fini par reculer devant l'attitude narquoise de leurs collègues.

Le résultat est certain : d'après les articles 229 et 230 actuels, l'égalité est complète entre les deux époux, au point de vue civil, quant aux conséquences de l'adultère.

307. Au point de vue pénal, il en est autrement. La différence que la loi de 1884 a supprimée dans la loi civile subsiste dans la loi pénale. En un sens, la situation des deux époux est la même. Il s'agit là d'un délit tout privé ; ni le mari ni la femme ne peuvent être poursuivis que sur la plainte du conjoint (articles 337 et 339 C. pén.). Mais, à quatre points de vue, la situation diffère.

1. Voy. en ce sens un excellent article de M. Fuzier-Herman dans le journal *Le Droit* du 8 juillet 1884.

1° L'adultère du mari n'est punissable que s'il a été commis dans la maison conjugale (article 339 C. pén.) ; celui de la femme l'est en tout cas (article 336 C. pén.). C'est à peu près la même distinction qu'établissaient autrefois les articles 229 et 230 du Code civil ; elle a disparu ici et subsisté là.

2° La peine prononcée contre la femme coupable est plus forte que celle prononcée contre le mari. Pour la femme, la peine est l'emprisonnement (article 437 C. pén.) et il en est de même pour son complice (article 338 C.pén,). Pour le mari, c'est une amende (article 339 C. pén.) et sa complice n'est pas punissable en cette qualité, au lieu que le complice de la femme est punissable.

3° Le mari a le droit de grâce (article 337-2° C. pén.) ; la femme ne l'a pas au regard du mari.

4° Il existe entre le mari et la femme une différence importante pour l'application de l'article 324 du Code pénal. Ce texte introduit une excuse admise en cas de meurtre, l'excuse de provocation, puis il ajoute : « Dans le cas d'adultère prévu « par l'article 336, le meurtre commis par l'époux sur son « épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les sur- « prend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excu- « sable. » Le meurtre de l'épouse par l'époux est donc excusable dans un cas, tandis que celui de l'époux par l'épouse ne l'est pas. On ne peut pas nier que ce ne soit assez difficile à expliquer.

Ainsi, au point de vue pénal, il existe des différences notables entre le mari et la femme relativement aux suites de l'adultère.

308. Finalement, le système de la loi, si on le prend dans son ensemble, est disparate : l'assimilation entre le mari et la femme, établie au point de vue civil par la loi de 1884, n'a pas été étendue au droit pénal. Pourquoi ? Il faut convenir que ce n'est pas satisfaisant. Rationnellement l'assimilation doit être admise sur tous les points ou rejetée sur tous ; s'il fallait admettre une distinction, c'est en sens inverse qu'elle se comprendrait plutôt : c'est surtout au point de vue pénal que l'égalité semble s'imposer.

On y a bien pensé en 1884 ; mais on n'a pas voulu, faisant une loi sur le divorce, toucher au Code pénal. La question du divorce était déjà bien assez grosse par elle-même, sans qu'on la compliquât par des questions de droit pénal. Voilà com-

ment, sur le même point, des dispositions s'inspirant de considérations divergentes existent aujourd'hui. Elles sont en désaccord. L'état de choses actuel est mauvais et son maintien ne s'explique qu'historiquement.

B. *Secours.*

309. Les époux se doivent secours, dit l'article 212. Ce n'est pas autre chose que la dette alimentaire entre époux; celui qui est dans le besoin a le droit d'exiger des aliments de l'autre, si celui-ci est en état de les lui fournir.

Dans la condition ordinaire, où il y a cohabitation et vie commune, les ressources mises en commun assurent en même temps la subsistance de tous deux; il n'y a pas lieu, à vrai dire, à une pension alimentaire. Ce sont les conventions matrimoniales qui règlent l'apport des époux, c'est-à-dire ce qui, de la fortune de l'un et de l'autre, est affecté aux charges communes. Toutefois, même pendant la vie commune, l'article 212 peut recevoir application. Il ajoute quelque chose à la situation conventionnelle. Jusqu'à concurrence de l'apport, les époux sont liés parce qu'ils l'ont voulu ; mais, si l'apport promis n'est pas suffisant, les époux sont tenus éventuellement au delà de cet apport : c'est le résultat de l'article 212. Donc, même au cas de vie commune, l'article 212, à la rigueur, est applicable.

C'est au cas de séparation de corps qu'il reçoit pleine et directe application. En cas de séparation judiciaire, la vie commune cesse ; celui des époux qui n'a pas personnellement les ressources nécessaires peut exiger une pension de son conjoint, si celui-ci est en état de la fournir. Ce droit appartient même à l'époux par la faute duquel la séparation a été prononcée, car c'est un effet du mariage ; or le mariage subsiste[1].

En est-il de même en cas de séparation volontaire, sans éclat et sans jugement, par consentement mutuel ? La réponse est douteuse, parce qu'une pareille séparation ne constitue qu'une situation de fait, sans conséquences légales. Si des arrangements ont été pris à l'amiable et sont spontanément exécutés, il n'y a pas de question ; mais y a-t-il place pour une dette proprement dite, ouvrant une action en jus-

1. Cass. 8 juillet 1850, D. P. 1850. I. 225.

tice ? La jurisprudence admet que la femme, dans cette hypothèse, a droit à une pension et peut la réclamer dans deux cas.

1° Quand le mari refuse de recevoir la femme au domicile conjugal. En effet l'article 214 lui fait une obligation de la recevoir; faute par lui de remplir cette obligation, il est juste qu'il soit tenu de fournir une pension.

2° Quand, sans refuser précisément de la recevoir, lui offrant même de la recevoir, le mari ne lui offre pas une condition convenable eu égard à leur situation sociale, et, à plus forte raison, quand il lui rend intolérable le séjour au domicile conjugal.

La solution est contestable cependant. On a objecté que la femme peut, dans cette hypothèse, demander la séparation. Si elle l'obtient, le jugement lui accordera une pension; mais elle ne peut pas, ne remplissant pas le devoir de cohabitation alors qu'il n'y a pas séparation régulière, exiger du mari qu'il paie une pension. Depuis longtemps, la jurisprudence a écarté cette objection. La femme n'est jamais obligée de demander la séparation, même quand elle a des motifs de l'obtenir ; c'est un droit pour elle, ce n'est jamais une nécessité. Elle peut donc faire valoir ses droits sans cela, dès qu'elle ne trouve pas, dans la maison commune, le nécessaire. Les juges saisis de la demande de pension alimentaire vérifieront seulement s'il est exact, comme la femme l'affirme, que la vie commune soit impossible par la faute du mari[1]. Hors de là, il n'y a ni droit à la pension, ni obligation de la fournir. La justice ne saurait tenir compte d'une situation qui est incorrecte, ni, à plus forte raison, donner les moyens de la perpétuer. De là découlent deux conséquences.

1° Les tribunaux ne recevraient pas l'action d'un des époux contre l'autre en paiement d'une dette alimentaire, en cas de séparation volontaire qui ne serait pas pleinement justifiée.

2° Ils ne doivent pas davantage contraindre à l'exécution de conventions amiables intervenues pour régler la situation. S'il y a exécution volontaire de ces conventions, cela ne regarde pas la justice ; si les conventions ne sont pas exécutées, l'inexécution ne donne ouverture à aucune action en justice. Ce sont des conventions nulles aux yeux de la loi, car elles dé-

1. Cass. 2 janvier 1877, D. P. 1877.1.162.

rogent à l'article 214, lequel est d'ordre public ; pareilles conventions sont un fait, un pur fait.

Donc l'article 212, quant à l'obligation de secours, reçoit application constante en cas de séparation judiciaire ; il n'est que rarement applicable en dehors de ce cas.

310. En cas de divorce survenu, il cesse d'être applicable ; l'obligation de secours est un effet du mariage et n'a plus d'application quand le mariage est dissous. Cependant il en reste un vestige : « Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, « dit l'article 301, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suf- « fisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu « le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de « l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra ex- « céder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette « pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être « nécessaire. » Alors l'obligation alimentaire n'est plus réciproque ; elle existe seulement au profit de l'époux qui a obtenu le divorce. Puis la pension est facultative pour les tribunaux, qui peuvent l'accorder ou non. On ne veut pas que l'époux malheureux soit privé des ressources sur lesquelles il a pu compter. C'est moins un effet du mariage, survivant à la dissolution, qu'une peine contre celui des époux par la faute duquel le divorce a été prononcé. La jurisprudence a déduit deux conséquences de cette idée.

1° Quand la séparation de corps, prononcée aux torts réciproques des deux époux, a été convertie en divorce, aucun d'eux ne peut invoquer le bénéfice de l'article 301 [1].

2° Après la conversion d'une séparation de corps en divorce, la pension alimentaire accordée au conjoint par le jugement de séparation, en vertu de l'article 212, cesse d'être due, mais une nouvelle pension alimentaire peut lui être allouée, en vertu de l'article 301, lorsque le divorce a été prononcé à son profit [2].

C. *Assistance.*

311. L'assistance est surtout morale ; elle diffère en cela du secours. Elle implique entre époux, dans les bons comme

1. Cass. 27 janvier 1891, D. P. 1891. I. 461, Sir. 1891. I. 72.
2. Cass. 10 mars 1891, D. P. 1891. I. 175, Sir. 1891. I. 148.

dans les mauvais jours, un échange de services, de bons procédés, d'égards extérieurs. L'oubli, à plus forte raison le refus d'assistance, sous ses formes diverses, constitue l'injure, qui est une cause de divorce (article 306) et de séparation de corps (article 231).

Tels sont les trois devoirs communs aux époux ; ils sont réciproques, mutuels. Sauf quant aux suites pénales de l'adultère, la condition est égale pour les deux époux.

§ 2. — Droits et devoirs spéciaux à chaque époux.

312. Les articles 213 et 214 les prévoient. Ils sont différents ; ils ne sont plus, comme les précédents, mutuels et réciproques, mais se correspondent. Là vont s'accentuer les différences entre le mari et la femme, par conséquent les réclamations du mouvement féministe.

L'article 213 dit : « Le mari doit protection à sa femme... » D'où l'article 214 : « ....Le mari est obligé de la recevoir et « de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins « de la vie, selon ses facultés et son état. » Partout où le mari va, la femme a droit de s'y établir ; le mari est obligé de la recevoir. La femme a le droit de recourir aux voies judiciaires pour s'établir là où réside son mari et se faire ouvrir les portes du domicile conjugal. Elle pourra y répugner ; alors le refus de la recevoir convenablement constituera une injure grave, dont la sanction sera toujours dans l'éventualité du divorce ou de la séparation de corps.

L'article 213 continue : « La femme doit obéissance à « son mari. » Voilà l'objet principal des revendications ; la femme mariée, dit-on, est l'esclave moderne.

Au premier abord, ce mot d'obéissance ne paraît pas bien sérieux. En effet, dans l'état des mœurs, l'harmonie dans le ménage ne procède guère de la contrainte. Là où règnent ce qu'on a nommé les trois vertus théologales du mariage, la confiance, l'affection et le respect, les deux volontés se rencontrent comme d'elles-mêmes et marchent d'accord ; là où les trois vertus font défaut, ce n'est pas l'article 213 et l'obéissance qu'il prescrit qui empêchera les oppositions de se produire, à propos de tout et à propos de rien. D'où l'article 213, qui éveille tant d'ombrages, pourrait disparaître sans qu'on s'en aperçoive beaucoup en pratique.

313. Cependant cet article reçoit quelques applications pratiques formelles. Il est le point de départ, le principe de l'autorité ou puissance maritale. Cette expression ne se rencontre pas au titre du mariage ; mais, à défaut du mot, la chose y est: l'article 213, en imposant l'obéissance, consacre ce qu'on appelait jadis ainsi. Le mot, du reste, se retrouve ailleurs, par exemple dans l'article 1388. Or, si, dans la plupart des cas, l'autorité maritale est réduite à être ce qu'elle peut être, elle a quelques corollaires précis. Nous en signalerons deux.

1° C'est d'elle notamment que découle l'obligation où est la femme de résider avec le mari, l'obligation de cohabitation, contre-partie de l'obligation où est le mari de recevoir la femme : « La femme, dit l'article 214, est obligée d'habiter « avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de « résider... »

De sorte que, en réalité, c'est encore là un devoir réciproque et mutuel. Peut-être l'idée pourrait-elle être exprimée autrement ; mais, si on la prend en elle-même, est-ce là un despotisme excessif ? En fin de compte, la cohabitation est de l'essence même du mariage ; le refus de s'y conformer est un manquement à la foi jurée. Si on n'en veut pas, qu'on ne se marie pas. On changera, si l'on veut, la forme de l'article 213 ; le fond s'impose : la femme doit suivre le mari. Elle doit le suivre même en pays étranger, a-t-il été dit lors de la rédaction du Code [1] ; Pothier disait : même dans un pays infecté par la peste [2]. Il n'y a qu'une seule restriction à ce devoir de cohabitation : il cesse d'exister si le mari n'offre pas à la femme une habitation convenable, en rapport avec la position pécuniaire et sociale du ménage. En effet, le devoir d'obéissance est la réciproque du devoir de protection dont le mari est tenu ; s'il ne le remplit pas, la femme peut, sans recourir à la séparation, se refuser à la cohabitation. Hors de là, l'obligation est stricte.

Quelle en est la sanction ? Qu'il doive y en avoir une, c'est certain, car la loi n'énonce pas des règles de morale ; elle prescrit des devoirs de légalité. De même que la femme a le droit de se faire ouvrir le domicile conjugal, puisque le mari est obligé de la recevoir, de même le mari

1. Locré, IV, p. 396.
2. *Contrat de mariage*, n° 383.

a le droit de contraindre la femme à réintégrer le domicile conjugal, puisqu'elle est obligée d'habiter avec lui. Mais comment peut-il l'y contraindre? Il n'a à sa disposition que deux moyens de coercition. Ils ne sont bien bons ni l'un ni l'autre, car quelle solution pourrait être bonne quand on est réduit à en venir là? Le premier moyen est indirect, le second direct.

D'abord, à l'épouse rebelle le mari peut, comme on dit vulgairement, couper les vivres. Il peut lui refuser toutes ressources, si elle n'en a pas de personnelles. Il est vrai qu'il a l'obligation de la secourir (article 212); mais les devoirs entre époux sont corrélatifs : si l'un n'est pas rempli, l'autre cesse d'être exigible. Il peut, en outre, si la femme a des ressources personnelles, les saisir. Dans la plupart des cas, le mari administre les biens de la femme et a la disposition de ses revenus; on admet alors le mari à saisir ces revenus [1]. Saisie étrange, car le mari n'est pas créancier, à moins qu'on ne dise qu'il est créancier de la cohabitation. Enfin le mari peut obtenir des dommages-intérêts, par application de l'article 1142; toute obligation de faire devant se résoudre en dommages-intérêts, la femme qui refuse de réintégrer le domicile conjugal et manque ainsi à remplir une obligation de faire est, par suite, passible de dommages-intérêts [2]. Le droit a des formules, qui, dans certaines applications, deviennent bien étranges!

Voilà le mode de contrainte indirecte. Voici maintenant la sanction directe. Le mari peut (c'est un procédé dont la légalité est toujours contestée) recourir à l'emploi de la force publique.

La femme peut-elle être contrainte *manu militari* à réintégrer le domicile conjugal? Question banale à force d'avoir été discutée. Non, d'après les uns, car le remède serait, disent-ils, pire que le mal : il serait à la fois scandaleux et impuissant. Scandaleux d'abord : se figure-t-on une femme ramenée à son mari par les huissiers ou les gendarmes? Impuissant aussi : une fois la femme ramenée, va-t-on la tenir en charte privée, ou un gendarme va-t-il rester à la porte?

Cependant l'opinion contraire prévaut généralement; la

1. Nîmes 20 février 1862, D. P. 1863. II. 194, Sir. 1863. II. 161, — Bordeaux 3 janvier 1882, Sir. 1882. II. 126.
2. Besançon 29 juillet 1890, *La Loi*, 18 avril 1891.

grande majorité des auteurs, ainsi que maints arrêts et jugements, l'ont reconnue fondée. En droit, la justice peut incontestablement enjoindre à la femme de réintégrer le domicile conjugal, puisque l'article 214 lui fait une obligation d'habiter avec le mari ; or tout ordre de justice peut être exécuté par la force publique ; pourquoi pas celui-là? D'ailleurs, en fait, le scandale et l'impuissance du moyen sont très exagérés. D'abord, il arrivera plus d'une fois que la femme, sentant ce qui la menace, reviendra d'elle-même au domicile conjugal au lieu de s'y laisser ramener, de même qu'un débiteur paie sans attendre la saisie, quand il sait qu'elle le menace. Puis la cause des mésintelligences est souvent frivole et les résistances cèdent quand elles rencontrent une énergie véritable. Enfin, il suffit souvent qu'une femme soit ramenée à son mari pour être soustraite à des influences dont elle n'a pas la force de s'affranchir par elle-même. Les mésintelligences entre époux tiennent quelquefois à des motifs personnels aux époux eux-mêmes, auquel cas il n'y a pas grand chose à faire ; le plus souvent, elles tiennent à l'intervention d'un tiers entre eux, quelquefois d'un tiers animé des meilleures intentions, mais dont l'influence est néfaste. Par un acte d'autorité fait à propos, le mari peut quelquefois, rendant la femme à elle-même, rétablir une situation exposée ; l'expérience est là qui le prouve. C'est au mari de juger si l'emploi de ce moyen est opportun et peut être efficace. Aussi bien la question n'est pas là ; elle consiste à savoir s'il est dans son droit en y recourant, ce qui n'est pas douteux[1].

Telles sont les deux sanctions du devoir de cohabitation, l'une indirecte, l'autre directe. En dehors d'elles, le mari n'a pas d'autre ressource que la sanction commune à toutes les obligations entre époux : le divorce ou la séparation de corps. Le refus de cohabitation, quand il n'a pas de cause avouable, constitue presque toujours une injure grave, de nature à entraîner le divorce (article 231) ou la séparation (article 306).

Telle est la première application du devoir d'obéissance.

2° Le devoir d'obéissance a pour conséquence d'exclure entre époux certains contrats et de modifier les conditions de quelques autres. Ce ne peut être que par dérogation au droit

1. Trib. de Saintes 18 juillet 1876, Journal *Le Droit*, 21 octobre 1876, — Trib. de la Seine 15 janvier 1881, *Le Droit*, 16 janvier 1881.

commun, car, aux termes de l'article 1123, « toute personne « peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par « la loi ». Donc l'aptitude à contracter est de droit commun; mais ce droit commun reçoit des exceptions relativement aux contrats entre époux.

Parmi ces exceptions, il en est de formelles.

1° L'article 1595 interdit la vente entre époux. Pourquoi ? Il y a bien quelques raisons tenant à la nature particulière du contrat et qui seront exposées ailleurs; mais la raison principale est que la partie n'est pas égale : comment admettre une vente entre personnes dont l'une doit obéissance à l'autre ?

2° Aux termes de l'article 1096, les donations entre époux sont essentiellement révocables, par dérogation au principe posé dans l'article 894. Pourquoi? Par crainte d'abus d'autorité de la part du mari ou d'influence abusive de la part de la femme.

La jurisprudence, allant plus loin que les textes, admet une troisième exception: elle proscrit les sociétés entre époux, les regardant comme incompatibles avec les droits qui appartiennent au mari comme chef de l'association conjugale. Il y a toute une série d'arrêts en ce sens [1]; le plus récent est un arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1888[2], dont voici les considérants: « Attendu... que toute société existant entre « époux, même séparés de biens judiciairement, conférerait à « chacun de ses membres une égalité de droits incompatible « avec l'exercice de la puissance maritale, qu'il suit de là que « de telles associations, qui n'ont pu légalement se former, « doivent être considérées comme non avenues. » La jurisprudence déduit avec rigueur toutes les conséquences de l'idée : elle ne refuse pas seulement aux époux le droit de former une société entre eux, mais encore le droit de figurer tous deux dans une société formée avec des tiers, à moins que les deux époux n'aient des intérêts communs et un compte unique dans la société[3].

Malgré la presqu'unanimité de la jurisprudence, le système

1. Un seul arrêt a reconnu la validité des sociétés entre époux : c'est un arrêt d'Amiens du 8 avril 1851 (D.P.1851.II.220, Sir. 1851.II.312) cassé d'ailleurs par la Cour Suprême le 9 août 1851 (D.P.1852.I.160,Sir.1852.I.281).

2. D. P. 1888. I. 349, Sir. 1888. I. 305.

3. Tribunal de commerce de la Seine 24 février 1876, Journal *Le Droit*, 17 mars 1876.

est fort contestable. En effet, il faut toujours en revenir à l'article 1123, qui contient une règle générale : « Toute per- « sonne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable « par la loi. » Or où est l'exception concernant la société entre époux? On admet les conjoints à débattre leurs intérêts sur le pied d'égalité en matière de louage, de transaction, de cautionnement, de contrats quelconques ; en quoi est-il moins admissible qu'ils les débattent en matière de société ? Si l'argument invoqué était décisif et topique, il conduirait à prohiber tous les contrats entre époux.

C'était la donnée reçue dans l'ancien droit ; tous les contrats entre époux étaient interdits, à raison de l'état de dépendance de la femme et aussi par crainte d'abus d'influence de l'un des époux sur l'autre. Partout, dans l'ancien droit, on retrouve la crainte que les époux ne se fassent des libéralités déguisées sous la forme de divers contrats; par crainte de l'abus qui pourrait être fait de ces contrats en ce sens, on les interdit tous entre époux.

Sous l'empire du Code civil, certains auteurs ont soutenu que la prohibition subsiste. Ils regardent l'obéissance que la femme doit au mari comme s'opposant à ce que la femme traite d'égal à égal avec le mari, c'est-à-dire contracte avec lui. Ils font observer, en outre, que les donations entre époux ne sont plus prohibées, sans doute, mais sont essentiellement révocables et que les contrats entre époux pourraient servir à déguiser des libéralités irrévocables entre époux. Ils ajoutent enfin ceci. La preuve que le législateur a entendu prohiber les contrats entre époux, c'est que, dans certains cas, le Code permet certains contrats entre époux : la vente (article 1595), la donation (article 1096), le mandat (article 1577), le cautionnement (articles 1420, 1431, 1432) ; que conclure de là, sinon que la prohibition est la règle et la liberté l'exception?

L'opinion contraire tend cependant de plus en plus à prévaloir. L'article 1123 est décisif, puisqu'il fait de la capacité la règle, de l'incapacité l'exception, et puisqu'aucune disposition ne prohibe les contrats entre époux. Vainement on objecte que l'obéissance due par la femme écarte la possibilité de conventions librement débattues ; les rapports d'intérêts existent forcément de mille manières entre époux et il n'y a pas de raison pour ne pas les admettre d'une façon générale. De fait, plusieurs textes prévoient des contrats entre époux, sans même

paraître supposer qu'il puisse y avoir question à propos d'eux : la donation, le mandat, le cautionnement, sans parler même du règlement d'intérêts qui intervient après la séparation de biens (article 1476) et de la convention de rétablissement de communauté après séparation (article 1451). Tout cela ne suppose-t-il pas qu'en principe les contrats sont possibles entre époux ?

La règle est encore confirmée par les exceptions que certains textes y apportent et qui doivent être considérées comme énoncées d'une manière limitative, ainsi que toutes les exceptions. Dans certains cas, la loi soumet les contrats à des règles spéciales quand ils interviennent entre époux : il en est ainsi pour la donation (article 1096) et pour la convention que prévoit l'article 2144. Dans une hypothèse, celle de la vente, le contrat est prohibé entre époux, au moins en principe (article 1595). Dans tous les autres cas, les contrats sont permis entre époux. La prohibition de l'article 1595, relative à la vente, la jurisprudence relative à la société sont des vestiges d'un système abandonné.

Sans être un partisan du mouvement féministe, on peut estimer qu'il y a, dans la loi et dans la pratique, quelque chose à modifier à cet égard. Il faudrait laisser les époux sous l'application du droit commun des contrats, sauf répression en cas d'abus constaté et caractérisé.

SECTION II. — **Incapacité de la femme mariée.**

314. Cette incapacité est formellement consacrée ; l'article 1124 place la femme mariée sur la même ligne que les mineurs et interdits : « Les incapables de contracter sont les mineurs, « les interdits, les femmes mariées dans les cas exprimés par « la loi. » Les articles 215 à 226, au titre du mariage, déduisent les applications du principe. La femme mariée, sous quelques distinctions, ne peut pas faire les actes de la vie civile sans être autorisée du mari ou de justice ; elle ne peut exercer ses droits qu'à cette condition. Hors mariage, c'est-à-dire avant le mariage, ou après la dissolution du mariage, ou si elle ne se marie pas, la femme a la pleine capacité, pourvu d'ailleurs qu'elle soit majeure, non interdite, non privée de ses droits par suite d'une condamnation judiciaire. Elle a la

plénitude des droits, au moins en matière civile. Les droits politiques et, en outre, quelques droits considérés comme des dépendances de la capacité politique lui sont refusés ; mais cela tient à un ordre particulier de considérations, d'ailleurs discutables, dont nous n'avons pas à parler pour le moment. Ce qui est certain, c'est qu'en matière civile la capacité de la femme, hors mariage, est complète. Au contraire, quand elle est mariée, par l'effet du mariage, à partir du moment de la célébration, elle est incapable ; elle ne peut plus agir valablement que si elle est autorisée.

Il y a, on ne peut le nier, un mouvement d'opinion très prononcé contre le système de la loi sur cette incapacité de la femme mariée ; le sujet est donc très actuel, en même temps qu'il a une grande importance pratique et doctrinale. Nous allons rechercher : 1° quelle est la portée et l'étendue de l'incapacité, — 2° d'où elle vient, comment et dans quelle mesure elle s'explique, ce qui nous conduira finalement à un jugement du système de la loi.

§ 1. — Sens exact et portée pratique de l'incapacité.

315. Il est d'autant plus nécessaire de lui assigner son caractère vrai, ses limites exactes, que, dans les polémiques actuelles, on se méprend souvent à cet égard. Cela tient à ce que la condition de la femme mariée, quant à ses droits, résulte de dispositions de deux sortes ; ses droits sont modifiés, eu égard à ce qu'ils sont en dehors du mariage, par suite de deux causes qui se combinent, mais qu'il faut se garder de confondre. Ils sont modifiés d'abord par suite du régime matrimonial adopté par les époux ; c'est au titre du contrat de mariage (articles 1387 et suivants) que sont décrits les régimes matrimoniaux, avec les conséquences qu'ils entraînent quant à la condition de la femme. Ils sont modifiés, en second lieu, par suite de l'incapacité dont la loi frappe la femme mariée ; c'est au titre du mariage (articles 215 et suivants) que les effets de l'incapacité sont établis.

Or il importe grandement de séparer ces deux ordres d'idées ; on commettrait une méprise certaine en rattachant et imputant à l'incapacité les conséquences qui résultent du régime matrimonial, ou réciproquement. Entre ces deux sortes de modifications que subissent les droits de la femme par

suite du mariage, il y a des différences d'origine, de nature et d'effets ; il y en a deux notamment.

316. D'abord c'est la volonté, la volonté seule et libre des parties qui arrête les conventions matrimoniales, qui règle le régime des biens (article 1387). Si la femme transfère au mari, par contrat de mariage, tout ou partie de ses droits, quant à ses biens, c'est que cela lui convient, c'est que cela leur convient à tous deux ; les limitations de droits que la femme subit de ce chef sont volontaires de sa part, conventionnelles, et la loi n'y est pour rien.

Les combinaisons usitées d'association, ou régimes, sont très variées.

Quelquefois, la femme conserve intégralement ses droits quant à ses biens ; elle garde la propriété de ses biens, continue de les administrer, de percevoir elle-même ses revenus et d'en disposer, c'est-à-dire de jouir de ses biens. C'est le régime de séparation de biens, celui de tous où les droits de la femme quant aux biens restent le plus complets. Elle contribue seulement aux charges du ménage par une contribution (article 1537). Donc, sous ce régime, elle conserve l'exercice de tous ses droits relatifs aux biens. Sa situation est la même sous le régime dotal quant à une partie de ses biens, quant à ceux qui sont en dehors de la dot et qu'on appelle, à cause de cela, les biens extra-dotaux, ou plus exactement paraphernaux (article 1576). Elle en garde la propriété, l'administration et la jouissance ; elle passe, dès lors, tous les actes relatifs à ces biens.

D'autres fois, la femme transmet à son mari l'administration et la jouissance de ses biens ; elle lui donne cette jouissance en dot, à titre d'apport, pour subvenir aux charges communes. C'est le régime auquel la tradition donne le nom de régime sans communauté (article 1530). Sous ce régime, la femme ne garde que la nue propriété de ses biens, c'est-à-dire la propriété sans la jouissance, et les seuls actes, dès lors, qu'elle puisse avoir à passer sont ceux relatifs à cette nue propriété ; les actes relatifs à l'administration et à la jouissance sont passés par le mari, par l'effet des conventions matrimoniales. Il en est de même sous le régime dotal, quant à la portion des biens de la femme qui sont constitués en dot, ou biens dotaux (article 1549).

D'autres fois enfin, les époux mettent en commun une part

de leurs biens ; ils forment entre eux une société de biens plus ou moins étendue : c'est le régime de communauté (article 1400), dans lequel les époux mettent des biens en commun. D'après la règle que la tradition a introduite, le mari représente la communauté et passe tous les actes relatifs aux biens qu'elle comprend.

De sorte que la femme conserve ou abdique plus ou moins ses droits aux mains du mari, selon le régime sous lequel elle se marie. Il n'y a pas là une question de capacité ou d'incapacité, mais une question d'attribution conventionnelle de pouvoirs. Encore une fois, la loi ne se charge nullement de régler la condition de la femme quant à ses biens ; le régime des biens est réglé par la volonté seule et libre des époux ; c'est une question de qualité, de pouvoir : là où le pouvoir manque, il n'y a pas d'autorisation qui puisse le donner.

Au contraire, c'est la loi, par des motifs qu'elle considère, à tort ou à raison, comme étant d'ordre public, qui déclare la femme mariée incapable ; les conséquences de l'incapacité sont donc imposées aux époux ; il ne dépend pas d'eux de s'y soustraire, si bien que l'article 1388 défend aux époux de déroger par contrat de mariage « aux droits résultant de la « puissance maritale sur la personne de la femme ». Application pure et simple de l'article 6, aux termes duquel « on ne peut « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui in- « téressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Il faut entendre l'incapacité en ce sens : ceux de ses droits que la femme conserve par suite du régime adopté (question d'attribution conventionnelle de pouvoirs, à laquelle répond le contrat de mariage), elle ne peut les exercer qu'en étant autorisée de son mari ou de justice (question d'incapacité, résolue par la loi). En d'autres termes, ce n'est pas la loi qui règle les droits que la femme mariée conserve ou qu'elle abdique aux mains du mari : c'est la convention libre ; l'incapacité n'a d'application que relativement aux droits que le régime choisi laisse à la femme. C'est sous le régime qui lui donne le plus de droits, celui de la séparation de biens, que l'idée d'incapacité reçoit le plus d'applications.

Il faut toutefois joindre à ces droits ceux qui sont étrangers au régime des biens, objet exclusif des conventions matrimoniales. Ces droits personnels, la femme continue à les

exercer; mais, comme elle est incapable, elle ne les exercera qu'en se faisant autoriser.

En un mot, l'incapacité, effet légal du mariage, ne restreint pas les droits de la femme ; elle modifie seulement les conditions d'exercice de ceux de ces droits qu'elle a conservés et, pour savoir ceux qu'elle conserve, il faut se référer au régime matrimonial.

La distinction qui vient d'être faite entre la sphère des conventions matrimoniales et celle de l'incapacité est fondamentale; elle domine le système du Code quant à la condition civile de la femme mariée: faute de la faire, on s'expose aux méprises les plus graves. Ceux-là notamment commettent une véritable hérésie juridique qui avancent (erreur chaque jour commise) que c'est par suite et à raison de son incapacité que la femme mariée ne conserve pas l'administration de ses biens, le mari les administrant comme ferait un tuteur. L'erreur est complète ; c'est par suite du régime matrimonial qu'il en est ainsi, si bien que la femme n'a qu'à se marier sous le régime de séparation de biens pour conserver, si elle veut, la libre administration de sa fortune.

317. Il existe une autre différence entre les deux espèces de limitations des droits de la femme mariée.

Les limitations ou modifications résultant des conventions matrimoniales sont volontaires ; mais, une fois convenues, elles sont définitives et rien ne peut les réparer: là où le pouvoir fait défaut, rien ne peut le donner. En effet, pour des raisons qui seront indiquées au titre du contrat de mariage, l'article 1395 établit que les conventions matrimoniales « ne « peuvent recevoir aucun changement après la célébration « du mariage ». Donc rien ne peut lever les limitations de droits résultant du régime choisi.

Au contraire, l'incapacité, qui résulte de la loi seule et n'a trait qu'à l'exercice des droits, peut être levée ; elle se lève précisément par l'autorisation, soit du mari, soit de justice.

318. Ainsi, il existe deux sortes de limitations aux droits de la femme mariée et la différence qui les sépare est double : 1° les unes sont purement volontaires et conventionnelles, les autres sont légales, — 2° les unes s'imposent, parce que toute convention lie les parties, les autres peuvent être levées, puisqu'une autorisation peut survenir.

Donc les deux sortes de limitations de droits que subit la

de leurs biens ; ils forment entre eux une société de biens plus ou moins étendue : c'est le régime de communauté (article 1400), dans lequel les époux mettent des biens en commun. D'après la règle que la tradition a introduite, le mari représente la communauté et passe tous les actes relatifs aux biens qu'elle comprend.

De sorte que la femme conserve ou abdique plus ou moins ses droits aux mains du mari, selon le régime sous lequel elle se marie. Il n'y a pas là une question de capacité ou d'incapacité, mais une question d'attribution conventionnelle de pouvoirs. Encore une fois, la loi ne se charge nullement de régler la condition de la femme quant à ses biens ; le régime des biens est réglé par la volonté seule et libre des époux ; c'est une question de qualité, de pouvoir : là où le pouvoir manque, il n'y a pas d'autorisation qui puisse le donner.

Au contraire, c'est la loi, par des motifs qu'elle considère, à tort ou à raison, comme étant d'ordre public, qui déclare la femme mariée incapable ; les conséquences de l'incapacité sont donc imposées aux époux ; il ne dépend pas d'eux de s'y soustraire, si bien que l'article 1388 défend aux époux de déroger par contrat de mariage « aux droits résultant de la « puissance maritale sur la personne de la femme ». Application pure et simple de l'article 6, aux termes duquel « on ne peut « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui in« téressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Il faut entendre l'incapacité en ce sens : ceux de ses droits que la femme conserve par suite du régime adopté (question d'attribution conventionnelle de pouvoirs, à laquelle répond le contrat de mariage), elle ne peut les exercer qu'en étant autorisée de son mari ou de justice (question d'incapacité, résolue par la loi). En d'autres termes, ce n'est pas la loi qui règle les droits que la femme mariée conserve ou qu'elle abdique aux mains du mari : c'est la convention libre ; l'incapacité n'a d'application que relativement aux droits que le régime choisi laisse à la femme. C'est sous le régime qui lui donne le plus de droits, celui de la séparation de biens, que l'idée d'incapacité reçoit le plus d'applications.

Il faut toutefois joindre à ces droits ceux qui sont étrangers au régime des biens, objet exclusif des conventions matrimoniales. Ces droits personnels, la femme continue à les

l'exercer ; mais, comme elle est incapable, elle ne les exercera qu'en se faisant autoriser.

En un mot, l'incapacité, effet légal du mariage, ne restreint pas les droits de la femme ; elle modifie seulement les conditions d'exercice de ceux de ces droits qu'elle a conservés et, pour savoir ceux qu'elle conserve, il faut se référer au régime matrimonial.

La distinction qui vient d'être faite entre la sphère des conventions matrimoniales et celle de l'incapacité est fondamentale ; elle domine le système du Code quant à la condition civile de la femme mariée : faute de la faire, on s'expose aux méprises les plus graves. Ceux-là notamment commettent une véritable hérésie juridique qui avancent (erreur chaque jour commise) que c'est par suite et à raison de son incapacité que la femme mariée ne conserve pas l'administration de ses biens, le mari les administrant comme ferait un tuteur. L'erreur est complète ; c'est par suite du régime matrimonial qu'il en est ainsi, si bien que la femme n'a qu'à se marier sous le régime de séparation de biens pour conserver, si elle veut, la libre administration de sa fortune.

317. Il existe une autre différence entre les deux espèces de limitations des droits de la femme mariée.

Les limitations ou modifications résultant des conventions matrimoniales sont volontaires ; mais, une fois convenues, elles sont définitives et rien ne peut les réparer : là où le pouvoir fait défaut, rien ne peut le donner. En effet, pour des raisons qui seront indiquées au titre du contrat de mariage, l'article 1395 établit que les conventions matrimoniales « ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage ». Donc rien ne peut lever les limitations de droits résultant du régime choisi.

Au contraire, l'incapacité, qui résulte de la loi seule et n'a trait qu'à l'exercice des droits, peut être levée ; elle se lève précisément par l'autorisation, soit du mari, soit de justice.

318. Ainsi, il existe deux sortes de limitations aux droits de la femme mariée et la différence qui les sépare est double : 1° les unes sont purement volontaires et conventionnelles, les autres sont légales, — 2° les unes s'imposent, parce que toute convention lie les parties, les autres peuvent être levées, puisqu'une autorisation peut survenir.

Donc les deux sortes de limitations de droits que subit la

femme mariée sont très différentes : différentes d'origine, de nature et d'effets. De là le soin constant que mettent les textes relatifs à l'incapacité de la femme mariée à déclarer que les règles qu'ils énoncent sont indépendantes du régime, ce qui est essentiel. « La femme, dit l'article 215, ne peut « ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand « même elle serait... non commune ou séparée de biens. » De même l'article 217 : « La femme, même non commune « ou séparée de biens, ne peut... » En d'autres termes, l'incapacité existe quel que soit le régime, même sous le régime qui laisse le plus de pouvoirs à la femme ; l'incapacité n'a d'effet qu'à propos des droits que le régime laisse à la femme, ou de ceux qui, étant étrangers aux biens, sont indépendants du régime matrimonial, en un mot que quant aux droits que la femme conserve. L'incapacité est donc indépendante du régime ; elle s'y rattache cependant, car c'est à propos des droits que le régime laisse à la femme qu'elle est incapable. L'incapacité reçoit d'autant plus d'application que le régime laisse à la femme plus de pouvoirs ; elle en reçoit d'autant moins que le régime lui retire plus de droits.

De tout cela nous conclurons que, pour établir exactement la condition civile de la femme mariée, il faut tenir compte de deux éléments : 1° du régime matrimonial adopté, — 2° de l'incapacité de la femme mariée. C'est le régime qui règle quels droits la femme conserve ou abdique aux mains du mari : question de pouvoirs, que les époux règlent à leur gré. L'incapacité n'a trait qu'à ceux des droits que la femme conserve d'après le régime choisi ; les droits que la femme conserve, elle ne peut les exercer que régulièrement autorisée : question de capacité, qui est du ressort de la loi. L'incapacité est un effet du mariage ; elle est indépendante des conventions matrimoniales.

Telle est l'influence respective des conventions matrimoniales et de l'incapacité sur la condition civile de la femme ; voilà la limite exacte de l'idée d'incapacité.

319. Cela dit, venons aux côtés pratiques du sujet. Les textes règlent, à ce propos, trois choses : 1° dans quels cas et pour quels actes la femme mariée a besoin d'être autorisée, — 2° par qui et dans quelle forme l'autorisation dont la femme a besoin doit ou peut être donnée, — 3° quelle est la sanction du défaut d'autorisation quand l'autorisation est nécessaire.

I. *Dans quels cas et pour quels actes la femme a besoin d'être autorisée.*

320. Nous rappelons qu'il ne peut ni ne doit être question de l'incapacité que relativement aux actes que le régime matrimonial conserve à la femme le pouvoir de faire elle-même.

Il faut noter en outre deux points essentiels. D'abord, il y a trois situations dans lesquelles la femme recouvre, quoique mariée, en tout ou en partie, sa capacité, c'est-à-dire échappe à la nécessité de l'autorisation. De plus, même en dehors de ces trois situations, c'est-à-dire de droit commun, il y a quelques actes que la femme, quoique mariée, peut faire sans autorisation.

321. *a*) Occupons-nous d'abord des situations dans lesquelles la femme cesse, en tout ou en partie, d'être incapable. Les deux premières ont toujours existé dans le Code civil, la troisième a été introduite par la loi déjà citée du 6 février 1893, portant modification au régime de la séparation de biens.

α) La première résulte de l'article 1449. Nous avons établi que l'incapacité de la femme mariée est un effet du mariage, qu'elle est indépendante du régime matrimonial adopté. Est-ce à dire que le régime soit sans effet quant à l'étendue de l'incapacité ? Non. Il y a un régime qui atténue l'incapacité de la femme, c'est-à-dire qui, dans une certaine mesure, soustrait la femme à la nécessité de l'autorisation, en ce sens qu'elle a le droit de faire certains actes sans autorisation, ce qui revient à dire que l'incapacité est levée pour ces actes. Ce régime est celui de la séparation de biens. La femme conserve la propriété et la jouissance de ses biens ; elle en conserve aussi l'administration : la libre administration, dit l'article 1449, l'entière administration, dit l'article 1536 ; c'est-à-dire qu'elle n'a plus besoin d'autorisation pour faire les actes d'administration. Il en est de même, sous les régimes autres que celui de séparation de biens, pour les biens dont la femme conserve la propriété et la jouissance, par exemple sous le régime dotal pour les biens paraphernaux (article 1576). Quant aux actes relatifs à la propriété et à la jouissance, la femme

reste incapable, c'est-à-dire qu'elle ne peut les faire sans autorisation.

Cette dérogation aux règles ordinaires de l'incapacité sous le régime de séparation de biens est visée par l'article 223 : « Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de « mariage, n'est valable que quant à l'administration des « biens de la femme. » Les règles relatives à l'incapacité sont d'ordre public ; donc la convention n'y peut déroger ; cependant, l'adoption du régime de séparation lève l'incapacité en ce qui concerne les actes d'administration, mais la convention ne peut pas plus. La même idée est exprimée par l'article 1538.

A l'inverse, il y a un régime qui augmente et élargit l'incapacité : c'est le régime dotal. Ce qu'on appelle, en effet, l'inaliénabilité dotale, sous ce régime, n'est pas autre chose que le résultat d'une incapacité particulière qui atteint la femme dotale et c'est une incapacité que rien ne peut lever, puisqu'elle résulte du régime. La femme est incapable de tous les actes ayant pour effet de compromettre les biens dotaux (article 1554).

Donc, dans deux cas, le régime influe sur l'étendue de l'incapacité. Il n'en est pas moins vrai que, de droit commun, l'incapacité est indépendante des régimes matrimoniaux, quoique se rattachant aux divers régimes par plus d'un point de contact ; le régime détermine les questions de pouvoirs, l'incapacité n'a trait qu'aux questions d'exercice. C'est à ce droit commun de l'incapacité, sous la réserve des particularités tenant aux régimes, que se réfèrent les articles 215 et suivants, sur lesquels doit porter notre étude actuelle ; le sujet se complétera par l'étude ultérieure des régimes matrimoniaux.

β) La seconde situation qui modifie la capacité de la femme mariée est la qualité qu'elle peut avoir de marchande publique. C'est le cas où la femme a la capacité la plus étendue que puisse avoir une femme mariée.

Pour être commerçante, il faut que la femme exerce un commerce séparé, qu'elle ne se contente pas de détailler les marchandises du commerce de son mari (article 220, alinéa 2) ; il faut, en outre, qu'elle y soit autorisée (article 4 C. com.). Les effets de cette autorisation sont indiqués par divers textes, dont le principal est l'article 220 alinéa 1 du Code civil : « La

« femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'auto-
« risation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son
« négoce ...» L'article 7 du Code de commerce ajoute : « Les
« femmes marchandes publiques peuvent également engager,
« hypothéquer et aliéner leurs immeubles... », sauf les particularités tenant au régime dotal. Enfin l'article 215 du Code civil s'exprime ainsi : « La femme ne peut ester en jugement
« sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait
« marchande publique... » La capacité de la femme marchande publique, quoique grande, ne va pas jusqu'à pouvoir plaider sans autorisation.

γ) La troisième situation qui modifie la capacité de la femme mariée a un effet plus complet, car alors l'incapacité disparaît tout entière. Cette situation résulte de la loi du 6 février 1893. Nous avons rencontré déjà plusieurs dispositions de cette loi. Elle a modifié l'article 108. Elle a résolu, par une addition à l'article 299, une question discutée antérieurement, celle du nom de la femme en cas de divorce. Elle a, en outre, modifié l'article 311, dont il faut rapporter d'abord la rédaction première : « La séparation de corps emportera
« toujours séparation de biens. » Le texte actuel renferme trois dispositions, dont la première, que nous retrouverons plus tard, est relative au nom de la femme séparée de corps ; la seconde est la reproduction de l'ancien article 311 ; enfin la troisième est ainsi conçue : « Elle (la séparation
« de corps) a, en outre, pour effet de rendre à la femme le
« plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait be-
« soin de recourir à l'autorisation de son mari ou de jus-
« tice..... » En cas de divorce, il va de soi que la femme recouvre la plénitude de sa capacité, puisque le mariage est dissous ; la même raison n'existe point en cas de séparation de corps, mais le nouvel article 311 assimile les deux hypothèses : l'incapacité disparaît complètement, quoique le mariage subsiste. C'est une brèche considérable au système traditionnel qui était resté celui du Code de 1804. Nous retrouverons cette loi à propos de la séparation de corps ; nous verrons quel est son caractère général et comment elle se relie au régime de la séparation. Constatons, dès maintenant, la modification profonde qu'elle apporte aux articles 215 et suivants ; elle efface, en cas de séparation de corps,

l'incapacité de la femme mariée, par suite l'application des articles 215 et suivants[1].

Elle est sortie, à ce point de vue, de deux tendances très opposées, qui se sont rencontrées ici ; elle a été soutenue par les adversaires du divorce et par les partisans de l'émancipation de la femme. Les premiers ont espéré détourner du divorce en élargissant assez les effets de la séparation pour qu'elle offre à peu près les mêmes avantages que le divorce ; ils ont voulu venir en aide à ceux que leurs croyances éloignent du divorce, en leur donnant à peu près l'équivalent sans la dissolution du mariage. Les fidèles du mouvement féministe ont trouvé là une occasion de faire triompher leurs vues personnelles. Voilà comment, à la Chambre des députés et au Sénat, la loi a réuni les voix d'hommes qui, à tous autres points de vue, sont adversaires.

La fin du nouvel article 311 est ainsi conçue : « S'il y a ces-« sation de la séparation de corps par la réconciliation des « époux, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir « et réglée par les dispositions de l'article 1449........ » Si la séparation de corps cesse, car il est toujours permis aux époux de se réconcilier, on tombe dans la situation de la séparation de biens ; si la séparation de biens elle-même vient à cesser, on revient à l'application du droit commun. Nous ne pouvons donner, à cet égard, que des indications générales ; les détails nous éloigneraient de notre sujet actuel.

322. *b*) En dehors des trois situations dans lesquelles l'incapacité de la femme mariée est atténuée ou disparaît d'une façon complète, il y a des actes que la femme, quoique mariée, peut faire sans autorisation, auxquels par conséquent l'incapacité ne s'applique pas. Ce sont certains actes purement personnels, qui ne concernent que la femme seule, dans lesquels sa volonté doit rester entièrement libre, qui excluent dès lors toute intervention du mari.

323. Il en est quelques-uns à propos desquels la loi est formelle. Ainsi la femme peut, sans autorisation :

1° Faire son testament, c'est-à-dire disposer de ses biens par voie de legs et aussi faire toutes autres dispositions testamentaires (articles 226 et 905, alinéa 2). Le testament,

1. Voy. dès à présent un article de M. Bouvier sur *La loi du* 6 *février* 1893 *et la communication au ministère public*, dans la *Revue critique*, 1894, p. 42.

en effet, est un acte qui ne se comprend que comme l'œuvre d'une volonté complètement libre, exclusivement personnelle. Puis il ne produira d'effet qu'à la mort de la femme, c'est-à-dire à une époque où l'incapacité n'existera plus. Il est donc rationnel que la femme puisse le faire librement.

2° Elle peut, toujours sans autorisation, révoquer une donation qu'elle aurait faite à son conjoint (article 1096, alinéa 2). D'après l'article 1096, alinéa 1, les donations entre époux sont essentiellement révocables ; on a voulu par là éviter les abus d'influence d'un époux sur l'autre : il était logique que la femme restât libre de révoquer sans contrôle les donations faites par elle.

3° La loi du 9 avril 1881, qui a créé la caisse nationale d'épargne postale, autorise les femmes mariées à faire des dépôts dans cette caisse ou à les retirer sans autorisation. « Les femmes mariées, dit l'article 6, alinéa 5, quel que soit « le régime de leur contrat de mariage, seront admises à se « faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leurs maris ; « elles peuvent retirer, sans cette assistance, les sommes « inscrites aux livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la « part de leurs maris. » Dans un ordre d'idées voisin, la loi du 20 juillet 1886, relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse, s'exprime ainsi dans son article 13 : « Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur « contrat, sont admises à faire des versements sans l'assis- « tance de leur mari. »

La raison d'être de ces dispositions est aisée à apercevoir. Dans les ménages qui utilisent les caisses d'épargne, surtout dans ceux qui utilisent la caisse des retraites pour la vieillesse, c'est-à-dire dans les ménages modestes ou pauvres, la femme est quelquefois, souvent même, plus économe que l'homme ; on a voulu lui permettre, s'il y a lieu, de soustraire quelques sommes à l'inconduite du mari et lui en laisser le maniement.

Au point de vue de la question de capacité, ces textes sont fort simples : ils autorisent la femme à agir sans autorisation, ce qui, du reste, n'ajoute rien à sa capacité si elle est mariée sous le régime de la séparation de biens, car elle possède alors, de par son régime, la libre administration de ses biens. Au point de vue de la question de pouvoir, c'est-à-dire au point de vue des régimes matrimoniaux, les textes dont il

s'agit soulèvent, au contraire, des questions qui sont tout à fait insolubles et dont l'examen trouvera sa place au titre du contrat de mariage[1].

324. Voilà des actes qui échappent à la nécessité de l'autorisation. A ceux-là, pour lesquels des textes formels soustraient la femme à l'incapacité, il faut en assimiler quelques autres, quoiqu'il n'y ait pas de textes précis, parce que l'exception, à défaut de textes, ressort suffisamment de l'esprit de la loi.

Ce sont d'abord certains actes conservatoires, qui n'entraînent ni aliénation, ni acquisition, ni obligation, qui conservent seulement des droits préexistants ou acquis. Telle est, par exemple, l'inscription par la femme de son hypothèque légale. Cette hypothèque est un droit que la loi confère à la femme contre le mari ; celui-ci ne saurait l'empêcher de s'en prévaloir : donc il n'a pas à intervenir (articles 2121, 2135 et 2136). On a ensuite étendu la même idée à tous les actes conservatoires : inscription d'une hypothèque quelconque, transcription, sommations, etc.

325. Jusqu'ici on est d'accord. Voici maintenant certains actes à propos desquels il y a controverse. Les uns sont relatifs aux biens ; les autres sont relatifs à des prérogatives personnelles, individuelles, où la qualité de femme mariée n'a rien à voir.

α) L'acceptation d'une donation faite aux enfants (article 935) est un acte relatif aux biens ; mais c'est un acte qui est accompli par la femme en sa qualité de mère, non de femme, et pour l'accomplissement duquel elle ne relève pas de son mari.

β) Autoriser le mariage de ses enfants (article 148), consentir à l'adoption (article 346), reconnaître un enfant naturel (article 337) sont des actes absolument personnels à la femme, où sa qualité de femme mariée n'a rien à voir, où le mari n'a pas à intervenir. Maintes fois a été soulevée la question de savoir si la femme peut se faire naturaliser à l'étranger sans autorisation de son mari. C'est un acte qui n'a pas trait aux biens, qui est exclusivement personnel et qui semble.

1. Voy. un article de M. Planiol sur *Les caisses d'épargne et le régime de communauté*, dans la *Revue critique de droit*, 1882, p. 42.

par conséquent, pouvoir être fait sans autorisation ; par contre, c'est un acte qui intéresse l'avenir de la famille[1].

γ) Il ne saurait être question d'autorisation maritale en ce qui concerne les délits, quasi-délits et quasi-contrats par suite desquels la femme peut se trouver obligée (article 216). L'obligation naît alors de la loi, sans que la volonté des parties y soit pour rien ; l'incapacité de la femme ne peut devenir pour elle un moyen de nuire impunément à autrui[2].

326. Ces observations faites, on voit exactement et sans équivoque quelles sont les limites de l'incapacité. Elle ne s'applique qu'aux actes que la femme a gardé le pouvoir de faire par suite du régime adopté, ce qui dépend d'elle, aux actes qui ne figurent pas dans les exceptions signalées ; enfin elle ne s'applique que si la femme n'est pas dans une des trois situations où elle échappe à l'incapacité. Telles sont les limites étroites où intervient l'idée d'incapacité ; l'étendre plus loin, c'est se méprendre. Dans ces limites, la femme a besoin d'autorisation, tant pour les actes extrajudiciaires que pour les actes judiciaires.

1° Elle en a besoin pour les actes extrajudiciaires, c'est-à-dire indépendants d'une instance. En effet, l'article 217 est ainsi conçu : « La femme, même non commune ou séparée de « biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à « titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans « l'acte ou son consentement par écrit. » Texte fondamental, qu'il faut lire en s'arrêtant à chaque ligne.

Même séparée de biens, c'est-à-dire même sous le régime où elle a le plus de droits, où elle peut faire sans autorisation les actes d'administration (article 1449).

Donner, c'est-à-dire faire une donation entre vifs.

Aliéner, c'est-à-dire consentir un acte quelconque d'où résulte transfert d'un droit à autrui, en d'autres termes disposer en général, vendre, échanger, hypothéquer, recevoir le paiement de ce qui lui est dû, car c'est disposer de la créance, payer une dette, car c'est aliéner les valeurs remises en paiement.

Acquérir à titre gratuit ou onéreux. L'interdiction d'acqué-

1. Dalloz, *Répertoire*, V° *Mariage*, n° 798.
2. Voy. Guénée, *De la capacité de s'obliger dans les quasi-contrats*, dans la *Revue critique*, 1887, p. 326.

rir à titre onéreux n'avait pas besoin d'être formulée, car elle résulte suffisamment de l'interdiction d'aliéner ; quant à l'interdiction d'acquérir à titre gratuit, elle est répétée par l'article 776 à propos des successions, par l'article 934 à propos des donations.

Ce sont presque tous les actes relatifs aux biens. Il faut noter pourtant que l'article 217 ne vise pas spécialement les obligations ; d'où la question de savoir si la femme mariée peut s'obliger sans l'autorisation du mari. Elle peut très certainement se trouver obligée sans autorisation quand l'obligation ne naît pas de sa volonté, mais de la loi ou d'un quasi-délit. En effet, son incapacité ne peut pas devenir à son profit un moyen d'impunité (article 1382) ; d'ailleurs, quand l'obligation naît de la loi, comme conséquence légale d'un fait, la volonté n'y est pour rien ; l'incapacité dès lors ne peut être un obstacle. Mais peut-elle s'obliger volontairement, contracter, quoique les mots *s'obliger*, ne figurent pas dans l'énumération de l'article 217 ? On assimile l'obligation à l'aliénation et on exige les mêmes conditions. En effet, c'est une règle de droit commun que *qui s'oblige oblige le sien* (article 2092), c'est-à-dire confère le droit de faire vendre ses biens, par conséquent aliène indirectement. D'ailleurs, l'article 220 le suppose en admettant qu'il n'y a pas besoin d'autorisation dans un cas spécial.

2° La femme a besoin d'autorisation pour les actes judiciaires, c'est-à-dire pour ceux qui se rattachent aux instances. L'article 215 est ainsi conçu : « La femme ne peut ester en « jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle « serait marchande publique, ou non commune, ou séparée « de biens. » Ester en jugement, ou mieux en justice est une vieille locution, qui n'est usitée que dans la langue des affaires et qui est une traduction trop littérale des mots latins *stare in judicio*, c'est-à-dire se présenter en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur. La femme, dans les cas où elle a l'exercice de ses actions (question de régime), ou pour les droits qui sont indépendants du régime, ne peut se porter ni demanderesse, ni défenderesse sans autorisation : demanderesse afin qu'elle n'engage pas un procès téméraire, défenderesse afin qu'elle ne soutienne un procès qu'à bon escient.

La règle est générale. Peu importe le régime matrimonial

sous lequel les époux sont mariés ; sous le régime de séparation de biens, par exemple, la faculté de faire librement (c'est-à-dire sans autorisation) les actes d'administration (article 1449) ne confère pas à la femme la faculté de plaider sans autorisation, fût-ce à propos d'actes d'administration. Peu importe, en second lieu, qu'il s'agisse d'actes que la femme peut faire seule, c'est-à-dire sans autorisation, ou qu'elle soit commerçante ; si les articles 220 du Code civil, 7 du Code de commerce et quelques autres rendent à la femme une capacité exceptionnelle quant à certains actes extrajudiciaires, ils ne dérogent pas à l'article 215 quant aux actes judiciaires. Peu importe enfin la juridiction à saisir : justices de paix, tribunaux de première instance ou de commerce, cours d'appel ou cour de cassation ; devant aucune juridiction la femme mariée ne peut *stare in judicio* sans être autorisée [1].

La règle est donc générale et ne comporte pas les mêmes exceptions qu'en matière extrajudiciaire. La femme ne peut pas plaider sans autorisation, fût-ce pour demander la nullité de son mariage, ou pour provoquer l'interdiction de son mari.

Il y a cependant deux exceptions.

La première est générale et résulte de la loi du 6 février 1893 ; elle se produit en cas de séparation de corps, cas où la femme recouvre le plein exercice de sa capacité civile.

La seconde est visée par l'article 216 : « L'autorisation du « mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie « en matière criminelle ou de police. » L'incapacité de la femme ne peut être pour elle une cause d'impunité ; le cours de la justice ne peut pas être arrêté par le défaut d'autorisation et, dès que la femme peut être poursuivie, il faut qu'elle puisse se défendre : d'où les poursuites que peuvent amener les infractions à la loi pénale sont possibles sans qu'il soit besoin d'autorisation. Il en est ainsi pour l'action publique

1. C'est une question de savoir si la femme peut citer valablement ou être citée en conciliation sans être autorisée. D'un côté, le préliminaire de conciliation n'est pas l'instance, c'est une tentative pour empêcher l'instance ; d'où l'on peut conclure que l'article 215, qui vise seulement le fait d'ester en justice, n'est pas applicable. D'un autre côté cependant, le préliminaire est la condition de l'instance, le début de l'instance en quelque sorte, d'où l'on peut conclure que l'article 215 est applicable. La jurisprudence ne paraît pas faire de distinction, vu la généralité des termes de l'article 215 (Trib. de Niort 16 novembre 1883, Journal *La Loi* du 6 décembre 1883).

et même pour l'action civile, mais une distinction doit être faite quant à cette dernière. L'autorisation n'est pas nécessaire s'il s'agit d'une action civile portée devant le tribunal de répression déjà saisi de l'action publique et incidemment à cette action ; en effet, l'action civile n'est alors que l'accessoire de l'action publique et est soumise aux mêmes règles. Mais l'action civile, au lieu d'être portée devant le tribunal de répression incidemment à l'action publique, peut être portée à titre principal soit devant une juridiction civile, soit, dans certains cas au moins, devant une juridiction de répression non saisie de l'action publique. Dans le premier cas, la femme ne peut défendre à l'action civile qu'après avoir obtenu l'autorisation ; l'article 216, en effet, ne parle que de poursuites pénales, par conséquent de poursuites portées devant les juridictions de répression. Dans le second cas, des doutes se sont élevés sur le point de savoir si la femme a besoin d'être autorisée pour défendre à l'action. L'affirmative s'impose si on considère que l'action ne tend pas alors à l'application d'une peine, mais à une pure réparation civile ; or l'article 216 ne dispense la femme d'autorisation que pour défendre à une poursuite tendant à l'application d'une peine[1].

II. *Par qui et dans quelle forme l'autorisation doit ou peut être donnée.*

327. Cette partie du sujet, infiniment plus simple, peut être résumée dans les trois règles suivantes : 1° en principe, c'est au mari d'autoriser la femme, — 2° à défaut de l'autorisation du mari, l'autorisation de justice, sauf quelques exceptions, peut y suppléer, — 3° il y a quelques cas où l'autorisation du mari serait inefficace et où la femme ne peut agir qu'autorisée de justice.

Reprenons ces trois règles.

328. A. **En principe, c'est au mari d'autoriser la femme.** La nécessité de l'autorisation se rattache certainement à l'autorité maritale, au devoir d'obéissance ; d'où la règle que l'au-

1. Voy. sur ce point Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 4e édition, I, p. 377.

torisation doit, en principe, être donnée par le mari. C'est ce que disent les articles 215 pour les actes judiciaires et 217 pour les actes extrajudiciaires. L'article 217 indique deux formes possibles d'autorisation pour le mari : le concours du mari dans l'acte et son consentement par écrit.

1° Le concours du mari dans l'acte, c'est-à-dire la participation volontaire du mari à l'acte, sa coopération intentionnelle. Le concours à l'acte implique suffisamment l'autorisation de le faire ; l'autorisation est tacite. Par exemple, en matière judiciaire, si la femme est demanderesse, la citation sera faite à la requête des deux époux, le mari intervenant pour autorisation ; si elle est défenderesse, le tiers demandeur assignera les deux époux, le mari étant cité pour autorisation.

2° Le consentement par écrit. L'autorisation est alors expresse. Elle doit être écrite ; verbale, elle ne suffirait pas : par suite, la femme ne serait pas admise à la prouver. On a considéré que l'allégation d'une autorisation verbale, si on en admettait la preuve, soulèverait d'incessants débats dans ces matières d'application journalière ; mieux vaut, pour couper court à toute difficulté, exiger l'autorisation écrite. Aucune forme particulière n'est d'ailleurs prescrite ; il en résulte qu'un écrit quelconque suffirait : un acte authentique, rédigé par devant notaire, un acte sous seing privé, même une simple lettre missive. Il faut un écrit, mais un écrit, quel qu'il soit, suffit.

L'article 223 exige en outre, *a contrario*, que l'autorisation soit spéciale, c'est-à-dire qu'elle se rapporte à un acte déterminé et précis ; à cette condition seulement elle est donnée en connaissance de cause. Générale, au sens vrai du mot, c'est-à-dire englobant tous les actes que la femme pourrait avoir à faire ou voudrait faire, elle ne serait pas l'exercice de l'autorité maritale, mais équivaudrait à une abdication de cette autorité ; or les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes sont d'ordre public et, comme telles, non susceptibles d'être modifiées par les volontés particulières (articles 6 et 1388). L'autorisation serait encore générale, si elle s'appliquait à une classe d'actes ; elle ne serait pas donnée *cognita causa* ; elle ne serait pas, dès lors, suffisamment réfléchie et protectrice des intérêts de la femme. Enfin, elle aurait encore le même caractère, quoique relative à un acte

déterminé, si elle n'en fixait pas les conditions de manière à le spécialiser.

Les difficultés d'espèces abondent sur le point de savoir si une autorisation, eu égard aux termes dans lesquels elle est donnée, est spéciale ou doit être tenue pour nulle comme générale. Ainsi, ont été considérées comme n'étant pas spéciales et tenues, par suite, pour insuffisantes :

1° L'autorisation d'emprunter. Il faut dire jusqu'à concurrence de quelle somme, dans quelles conditions, pour combien de temps ; sans quoi, il n'y a pas spécialité [1].

2° L'autorisation d'aliéner ses immeubles. Il faut dire lequel ou lesquels, à quelles conditions, par quel acte [2].

3° L'autorisation de cautionner. Il faut dire pour quelle dette et jusqu'à concurrence de quelle somme [3].

4° L'autorisation de plaider, sans dire à propos de quelle affaire, devant quelle juridiction ; à plus forte raison l'autorisation de plaider est insuffisante si elle est donnée à la femme pour toutes les affaires relatives à son commerce [4].

L'article 223 n'excepte de la règle de la spécialité que l'autorisation relative aux actes d'administration ; cet article vise le régime de séparation de biens, qui implique l'autorisation dont il s'agit.

329. Ainsi, il y a deux formes d'autorisation de la part du mari : le concours dans l'acte et le consentement spécial par écrit.

L'usage, plus fort ici que la loi, en a introduit et fait admettre une troisième : l'autorisation virtuelle, c'est-à-dire impliquée par un fait antérieur. C'est encore une autorisation tacite, c'est-à-dire induite des circonstances, mais autre que celle qui résulte du concours du mari dans l'acte, la seule que prévoie l'article 217. Il règne, quant à la question de savoir s'il faut admettre cette autorisation virtuelle et surtout quant aux cas où elle peut être admise, de grandes divergences dans la pratique.

Il y a certainement deux cas où la loi l'admet. C'est d'abord

1. Metz 31 janvier 1850, Sir. 1852.II.399.
2. Caen 27 janvier 1851, Sir. 1851.II.428, — Orléans 6 juin 1868, D. P. 1868.II.194.
3. Montpellier 27 novembre 1878, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Mariage*, n° 477.
4. Cass. 30 janvier 1877, D. P. 1877.I.348, Sir. 1877.I.73.

celui que vise l'article 4 du Code de commerce : en autorisant la femme à être commerçante, le mari l'habilite virtuellement à faire ensuite tous les actes relatifs au commerce autorisé ; ainsi s'expliquent les articles 220 du Code civil et 7 du Code de commerce. C'est ensuite le cas que vise l'article 1420. Sous tous les régimes, la femme pourvoit aux besoins du ménage ; elle est regardée comme ayant mandat pour cela ; elle est, dès lors, tacitement autorisée : elle n'a pas besoin d'être autorisée pour les actes journaliers que nécessite l'entretien du ménage.

Hors de là, dans le silence des textes, il ne paraît pas qu'il puisse être question d'autorisation virtuelle. De fait, la Cour de cassation a posé en principe par plusieurs arrêts que le concours à l'acte est le seul mode d'autorisation tacite admis [1]. Du moment en effet que la loi signale un fait unique comme emportant autorisation tacite, ne donne-t-elle pas suffisamment à entendre qu'elle exclut les autres ? Il y a d'ailleurs de bonnes raisons pour qu'il en soit ainsi. L'autorisation maritale est un acte de pratique journalière ; si on permettait au juge de l'induire d'un acte quelconque accompli par le mari, on verrait surgir une foule de contestations ; elles ne peuvent naître si on applique strictement l'article 217 et si on admet seulement deux formes d'autorisation : le concours dans l'acte et le consentement par écrit.

Voilà le droit. Voici cependant certains cas dans lesquels, en dépit de la doctrine consacrée théoriquement, une solution différente a été admise.

La question s'est présentée à propos des actes extrajudiciaires.

1° Il a été jugé que le mari qui consent à ce que sa femme vive séparée de lui, à plus forte raison qui l'abandonne, l'autorise tacitement par là à faire tous les actes nécessaires pour subvenir aux besoins de la vie, dans les conditions qui sont imposées par la situation sociale et pécuniaire des époux [2]. C'est rationnel, car quels embarras pratiques ne surgiraient pas sans cela ! Toutefois, voilà un cas d'autorisation virtuelle qui peut aller très loin.

2° D'une façon beaucoup plus générale, il a été jugé que

1. Cass. 26 juillet 1871, D. P. 1871.I.293, Sir. 1871.I.65.

2. Trib. de la Seine 27 mars 1878, Journal *Le Droit* du 10 juillet, — Cass. 6 août 1878, *Ibid.*, 25 septembre 1878.

la preuve du concours du mari dans l'acte peut résulter des circonstances de la cause et des agissements du mari, souverainement appréciés par les juges du fait[1] ; il a été jugé que l'autorisation du mari peut résulter de faits établissant d'une manière non équivoque la participation du mari à cet acte et sa volonté de l'approuver[2].

La question s'est présentée aussi à propos des actes judiciaires. Autorisée à citer quelqu'un en justice, ou à défendre à une action, la femme aura-t-elle besoin d'une nouvelle autorisation pour appeler de la sentence, pour se pourvoir en cassation, pour procéder aux actes d'exécution, ou bien l'autorisation donnée au début ne vaut-elle pas virtuellement autorisation de suivre le procès dans toutes ses phases ? Si l'autorisation a été formellement limitée à un degré de juridiction, il est clair qu'elle ne vaut pas pour d'autres. Si, au contraire, elle a été donnée dans les termes les plus étendus, par exemple si la femme a été autorisée à suivre le procès dans toutes ses phases, elle suffit certainement, quoiqu'il soit contestable qu'elle satisfasse alors à la condition de spécialité. La difficulté apparaît entière quand l'autorisation a été donnée sans que rien en spécifie la portée. Rigoureusement, c'est à propos de chaque acte qu'elle fait que la femme doit être autorisée ; or chaque phase d'un procès constitue une instance nouvelle ; dès lors, autorisée à plaider en première instance, elle ne l'est pas à plaider en appel ni à se pourvoir ou à défendre en cassation : donc il lui faudra une autorisation nouvelle à chaque degré de juridiction et pour l'exécution. C'est, en effet, la doctrine reçue. Il résulte de là bien des embarras pratiques ; mais la règle est telle[3].

330. B. A défaut de l'autorisation du mari, l'autorisation de justice peut la remplacer, sauf dans quelques cas. Cela prouve qu'il y a, dans l'incapacité de la femme, autre chose qu'une conséquence de l'autorité maritale ; car à quel titre alors la justice interviendrait-elle ? La réserve de l'autorisation de justice est inscrite dans l'article 218 pour les actes judiciaires, dans l'article 219 pour les actes extrajudiciaires.

1. Cass. 30 décembre 1878, Sir. 1879. I. 106.
2. Trib. de Pamiers 16 juillet 1884, Journal *La Loi*, 8 novembre 1884.
3. Cass. 22 janvier 1879, D. P. 1879. I. 121, Sir. 1879. I. 252, — Cass. 25 février 1879, D. P. 1879. I. 158, Sir. 1879. I. 273, — Cass. 4 août 1884, D. P. 1885, I. 209, Sir. 1885. I. 477.

C'était une nécessité. En effet, quoi qu'on pense de la condition qu'il convient de faire à la femme mariée, il faut reconnaître qu'il serait excessif qu'elle fût condamnée à l'impuissance, quant à l'exercice de ses droits, par la résistance non justifiée du mari. Le droit finit pour le mari, comme pour tout le monde, là où l'abus commence ; la justice contrôle les motifs du refus du mari et, s'il refuse à tort, elle peut autoriser la femme.

L'article 219, complété et modifié par l'article 861 du Code de procédure, organise la procédure à suivre dans ce cas par la femme. « Si le mari, dit l'article 219, refuse d'autoriser « sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son « mari directement devant le tribunal de première instance « de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner « ou refuser son autorisation, après que le mari aura été en- « tendu ou dûment appelé en la Chambre du Conseil. » Le droit de citer directement le mari est enlevé à la femme par l'article 861 du Code de procédure civile : « La femme qui « voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits, après « avoir fait une sommation à son mari, et sur le refus par « lui fait, présentera requête au président, qui rendra or- « donnance permettant de citer le mari, à jour indiqué, à la « Chambre du Conseil, pour déduire les causes de son refus. » La femme doit s'adresser au juge du domicile commun, à moins qu'il ne s'agisse pour elle d'être autorisée à défendre à une instance, auquel cas le tribunal compétent est le tribunal devant lequel l'instance est pendante. Donnée par un tribunal incompétent, l'autorisation serait nulle[1].

On admet, on outre, que le tribunal ou la Cour peut autoriser incidemment quand le refus du mari est suffisamment constaté par les circonstances de la cause[2].

331. De même que l'autorisation donnée par le mari, celle donnée par la justice doit être spéciale. L'article 223, qui prohibe les autorisations générales, ne sépare pas les deux espèces d'autorisations; une autorisation judiciaire générale serait une suppression de l'autorité maritale. Toutefois, la pratique admet, ici encore, les autorisations virtuelles, en ce sens que parfois l'autorisation judiciaire relative à un acte implique

1. Cass. 5 août 1840, D. P. 1840.I.292, Sir. 1840.I.708.
2. Montpellier 18 mai 1874, Sir. 1876.II.78.

autorisation pour les suites de cet acte [1]. Par exemple, s'agit-il d'une demande en interdiction formée par une femme contre son mari, la double autorisation de justice donnée à cette femme pour la convocation du conseil de famille et pour la signification à faire au défendeur à la demande renferme virtuellement l'autorisation pour la femme d'ester en jugement [2].

332. C'est une question de savoir si la justice peut, dans tous les cas, autoriser la femme à défaut du mari, ou bien s'il y a des cas où rien ne peut remplacer l'autorisation du mari, lequel serait alors laissé maître absolu. Les articles 218 et 219, qui réservent l'intervention éventuelle de la justice, sont généraux ; la question cependant est délicate.

Il y a deux cas où, d'après des textes spéciaux, l'autorisation de justice ne peut pas suppléer celle du mari. Aux termes de l'article 1029, l'autorisation du mari peut seule habiliter la femme à accepter une exécution testamentaire, à moins que la femme ne soit séparée de biens. C'est d'ailleurs une disposition bizarre, dont on n'aperçoit pas le motif. D'autre part il résulte de la combinaison des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile que la femme ne peut compromettre sans l'autorisation du mari.

Il y a deux cas très douteux.

1° Le cas où la femme veut prendre la qualité de commerçante. L'article 4 du Code de commerce, à la différence des articles 218 et 219, ne réserve pas l'intervention éventuelle de justice ; d'où on peut conclure que rien ici ne peut remplacer l'autorisation du mari. La jurisprudence est en ce sens. Il est certain que l'autorisation de faire le commerce entraîne des conséquences particulièrement graves. D'abord, d'après les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, elle vaut autorisation générale pour tous les actes concernant le négoce de la femme ; puis la qualité de commerçante expose la femme à être déclarée en faillite. D'où la jurisprudence, peut-être contestable, mais nettement formée [3].

1. Voy. Dalloz, *Code civil annoté*, article 218, nos 16 à 22, — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 218, nos 55 et suiv.

2. Fuzier-Herman, *loc. cit.*, n° 71.

3. Lyon 14 août 1872, Journal *Le Droit*, 19 février 1873. — L'autorisation du mari, qui ne peut, dans cette hypothèse, être suppléée par celle de justice, n'est

2° Elle est formée dans le même sens au cas où la femme veut contracter un engagement artistique, s'engager dans un théâtre ou autre établissement similaire. Sur cette question sont survenus des procès retentissants. La jurisprudence est très arrêtée[1]. Il est difficile cependant de donner des raisons bien juridiques en faveur de l'opinion qu'elle admet, car l'article 219 est général. On considère que la femme court ici des risques spéciaux et qu'il n'est pas irrationnel que le mari reste seul juge de l'opportunité.

333. C. Il y a quelques cas où la femme ne peut agir qu'autorisée de justice, ce qui achève de prouver que l'incapacité n'a pas pour unique fondement l'autorité maritale, puisqu'il y a des cas où l'autorisation du mari serait inefficace, où il faut celle de justice. Ces cas sont au nombre de trois.

1° Si le mari est mineur (article 224). Dans l'ancien droit, le mari, quoique mineur, exerçait la puissance maritale dans toute sa plénitude [2]. Dès lors, il autorisait valablement sa femme, fût-elle majeure. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Si la femme est majeure, le mari étant mineur, ce qui est rare, l'article 224 suffit. Si la femme est mineure, il lui faut, en outre, être autorisée en tant que mineure émancipée, c'est-à-dire obtenir l'autorisation du conseil de famille s'il s'agit d'actes où cette autorisation est nécessaire d'après les articles 481 et suivants ; elle sera donc doublement autorisée.

2° Si le mari est frappé d'une peine criminelle. L'article 221 s'exprime ainsi : « Lorsque le mari est frappé d'une « condamnation emportant peine afflictive ou infamante, « encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la « femme, même majeure, ne peut, pendant la durée de la « peine, ester en jugement ni contracter qu'après s'être fait « autoriser par le juge, qui peut en ce cas donner l'autori- « sation sans que le mari ait été entendu ou appelé. » Il y a suspension de l'autorité maritale, par l'effet d'une sorte

pas d'ailleurs suffisante dans tous les cas. En effet, la femme mariée mineure ne peut devenir marchande publique avec la seule autorisation du mari ; il faut en outre l'autorisation de ses père et mère ou de son conseil de famille (articles 2 et 4 combinés du Code de commerce). Voy. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial,* I, p. 90. *Adde* : Trib. de com. de la Seine 2 mars 1881, Journal *Le Droit*, 18 mars 1881.

1. Paris 3 janvier 1868, D. P. 1868.II.23, Sir. 1868.II.65.

2. Pothier, *De la puissance du mari*, § 29.

d'indignité, pendant la durée de la peine ; alors, la femme étant incapable, il faut qu'elle s'adresse à la justice.

L'idée est simple, mais la rédaction du texte soulève des difficultés. Pris à la lettre, il semble indiquer que la suspension de l'autorité maritale prend fin avec la peine elle-même ; mais toute peine afflictive ou infamante entraîne comme conséquence la dégradation civique, dont le caractère est d'être perpétuelle, même si elle est l'accessoire d'une peine principale temporaire ; or la dégradation civique est elle-même une peine infamante, entraînant par suite déchéance de l'autorité maritale et cela pour toujours, sauf réhabilitation ou amnistie. Comment alors l'article 221 parle-t-il d'une suspension de l'autorité maritale limitée à la durée de la peine? L'expression *pendant la durée de la peine* ne se comprend pas davantage en cas de condamnation, par contumace, bien que l'article 221 déclare le condamné par contumace incapable d'autoriser sa femme pendant la durée de sa peine ; le contumax, en effet, ne subit pas de peine. La seule explication possible de ces anomalies de rédaction paraît être que le système des peines criminelles n'était pas encore fixé en 1804 et ne le fut que six ans plus tard ; or le système adopté en 1810 est incompatible avec les dispositions inscrites dans l'article 221. Il faut, dans cet article, tenir pour non avenus les mots *encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace*, et décider que l'autorité maritale est suspendue pour les condamnés à une peine afflictive ou infamante tant que la réhabilitation ou l'amnistie ne les a pas relevés des conséquences de la dégradation civique encourue. C'est l'interprétation la plus littérale, la seule qui convienne en présence d'un texte ne se rattachant à aucun principe qui permette d'en éclairer le sens[1].

3° Il en est de même si, pour une cause quelconque, le mari est hors d'état de donner l'autorisation nécessaire, par suite d'interdiction ou d'absence (article 222), de non-présence, de maladie, etc.

1. Voy. sur ce sujet Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, I, 4e édit., p. 385. La disposition de l'article 221 ne vise que les condamnations criminelles. Il demeure donc étranger aux condamnations correctionnelles ou de simple police ; à plus forte raison est-il inapplicable en cas de jugement déclaratif de faillite, pareil jugement n'étant pas un jugement de condamnation. Cass. 27 avril 1881, Journal *Le Droit* du 21 décembre 1881.

En vue de tous ces cas, dans lesquels l'autorisation du mari ne suffit pas ou est impossible, les articles 863 et 864 du Code de procédure civile tracent la procédure à suivre ; elle débute par une requête au président du tribunal, qui ordonne la communication au ministère public, et le jugement est rendu en chambre du conseil.

334. Ainsi, trois règles répondent à la question de savoir par qui l'autorisation doit ou peut être donnée. En principe, c'est le mari qui autorise la femme ; à son défaut, la justice ; quelquefois la justice seule peut donner valablement l'autorisation.

En dehors de ces prévisions, qui forment le droit commun, il reste, sur ce sujet, une question controversée : celle de savoir comment et par qui la femme peut être autorisée en cas de procès avec son mari, ou quand elle contracte avec lui. Est-ce toujours au mari d'autoriser, ou faut-il l'autorisation de justice ? Ici, le système conduit à des bizarreries.

a) S'agit-il de procès, c'est-à-dire d'actes judiciaires, on ne voit pas pourquoi l'autorisation du mari serait insuffisante. La situation est même alors très simplifiée. Si la femme est défenderesse contre son mari, on la tient pour autorisée par cela seul que le mari l'attaque ; il y a concours du mari dans l'acte. Si elle est demanderesse, on la tient pour autorisée par cela seul que le mari accepte le débat et conclut au fond ; il y a encore concours dans l'acte[1].

Il y a cependant deux exceptions formelles.

1° Au cas de demande en séparation de corps ou en divorce, la femme doit adresser une requête au président du tribunal et se faire autoriser par lui à procéder sur la demande (articles 875 et 878 C. proc. civ.).

2° Au cas de demande en séparation de biens, c'est encore le président du tribunal qui donne autorisation (article 865 C. proc. civ.).

b) Quant aux contrats entre époux, la situation de la femme, au point de vue de l'autorisation dont elle a besoin, est plus délicate. Nous avons vu que le droit moderne, contrairement à l'ancien droit, admet les contrats entre époux, sauf la vente

1. Cass. 18 mars 1878, D. P. 1878.1.201, Sir. 1878. I. 193 (note de M. Labbé), — Nîmes 7 mai 1879, D. P. 1879. II. 133.

(article 1595), à laquelle la jurisprudence ajoute, un peu arbitrairement, la société. Pour tous les autres, puisqu'ils sont permis, comment la femme sera-t-elle autorisée? L'autorisation du mari suffit-elle, ou faut-il celle de justice? Les textes ne prévoient pas l'hypothèse et les anciens auteurs ne la prévoyaient pas davantage, puisque les contrats étaient prohibés jadis.

En un point, il est certain que le droit commun cesse d'être applicable. Il ne peut être question de faire intervenir la justice dans les termes de l'article 219, c'est-à-dire au cas où le mari refuse d'autoriser la femme. C'est bien évident, car, si le mari ne veut pas que la femme contracte, vainement le tribunal autoriserait celle-ci; il dépendrait toujours du mari de ne pas conclure le contrat. A plus forte raison ne peut-il en être question si la femme se refuse à contracter; la justice ne saurait, sous prétexte d'autorisation, contraindre la femme à traiter.

La question ne se pose pratiquement que si les deux époux sont d'accord pour traiter. On peut dire alors que la femme ne peut agir qu'autorisée de justice, en ce sens que le tribunal pourrait, malgré l'accord des conjoints, refuser à la femme l'autorisation de contracter. Que faut-il admettre? Le système de l'incapacité de la femme est fécond en bizarreries; c'est assurément une des objections qu'on y peut faire.

Pour répondre avec sûreté, il serait utile de savoir d'où procède l'incapacité de la femme mariée. Si la nécessité de l'autorisation provient de ce que la femme a besoin d'être protégée, vu son inexpérience habituelle des affaires, on ne comprendrait pas que le mari pût ici valablement l'autoriser. Le protecteur est suspect quand son intérêt est engagé, là où il y a contrariété d'intérêts. C'est une vérité évidente, dont il est fait application en matière de tutelle dans les articles 450 alinéa 3 et 420 alinéa 2, et qu'exprime le brocard *nemo potest esse auctor in rem suam*. Le contrôle de la justice ne devrait-il pas remplacer ici l'autorité maritale? Si, au contraire, la nécessité de l'autorisation répond à une prérogative de l'autorité maritale, l'autorisation du mari suffit, car elle remplit son but ici comme ailleurs. Nous reviendrons sur ce point après avoir exposé toutes les règles relatives à l'incapacité de la femme et nous verrons que rien n'indique quel est au juste le système de la loi.

Alors, la controverse est inévitable. Quelques auteurs exigent l'intervention de justice[1]. Toutefois, ce n'est pas l'opinion commune ; on regarde généralement l'autorisation du mari comme suffisante[2]. La solution est conforme aux textes. En effet, le principe est que le mari autorise ; l'exception est que la justice peut intervenir en cas de refus, d'absence ou d'interdiction du mari ; mais aucune exception n'est faite à la règle en ce qui concerne les contrats entre époux.

Telle est la doctrine qui prévaut. Toutefois, il faut avouer que c'est une assez singulière incohérence à la charge de la théorie de l'incapacité de la femme mariée ; spectacle singulier que de voir le mari autorisant sa femme à contracter avec lui-même ! Croit-on bien efficace une autorisation ainsi donnée ? Il faut alors conclure qu'il en sera de même quand il s'agira de contrats non point passés avec le mari, mais dans lesquels le mari a un intérêt, quoique passés avec un tiers. Il y a même ici quelques raisons de plus, puisque la femme, aux termes des articles 1419 et 1431, s'engage valablement avec le consentement du mari comme caution de celui-ci.

III. *Quelle est la sanction du défaut d'autorisation.*

335. Il faut examiner séparément ce qui concerne les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires.

A. *Actes extrajudiciaires.*

336. A défaut d'autorisation, l'acte fait par une femme mariée est entaché de nullité, ce qui revient à dire qu'il est annulable ; l'article 225 règle par qui peut être demandée la nullité : « La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne « peut être opposée que par la femme, par le mari ou par « leurs héritiers. »

Dans l'ancien droit, cette nullité était absolue, c'est-à-dire, d'après le sens traditionnellement donné à cette expression, susceptible d'être invoquée par tout intéressé, par les tiers

1. Duranton, *Cours de droit français*, II, n° 473.
2. Demolombe, *Du mariage*, II, p. 291 et suiv., — Gide, *Condition privée de la femme*, édit. Esmein, p. 472.

comme par la femme ou par le mari. La nécessité de l'autorisation était considérée comme étant d'ordre public; le défaut d'autorisation ouvrait une nullité dont tout intéressé pouvait se prévaloir[1].

Il en est autrement aujourd'hui. L'incapacité de la femme est bien toujours regardée comme d'ordre public, en ce sens qu'il n'y peut être dérogé par des conventions particulières; mais la nullité pour défaut d'autorisation n'est plus que relative, comme d'ailleurs toutes les nullités résultant d'incapacités. De là deux conséquences : 1° la nullité ne peut être invoquée que par certaines personnes déterminées, — 2° elle peut être couverte.

337. Elle ne peut être invoquée que par certaines personnes. C'est ce que dit formellement l'article 1125, alinéa 2: « Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer « l'incapacité... de la femme mariée avec qui ils ont con- « tracté. » Par exemple, s'il s'agit de contrats, par rapport aux tiers qui auraient traité avec une femme non autorisée, l'acte est pleinement valable et efficace ; ils ne peuvent l'attaquer. La raison est que ce n'est pas dans leur intérêt que la femme est déclarée incapable ; comment alors pourraient-ils se prévaloir du défaut d'autorisation? L'article 225 complète l'article 1125 : « La nullité ne peut être opposée que par « la femme, par le mari, ou par leurs héritiers. » C'est la formule limitative qui caractérise les nullités relatives.

Ainsi la nullité de l'acte passé sans autorisation peut être demandée :

1° Par la femme elle-même. La nécessité de l'autorisation, dans une certaine mesure au moins, est une protection pour la femme ; non autorisée, elle peut alléguer qu'elle n'a pas été protégée comme elle a droit de l'être et demander la nullité afin d'être soustraite aux obligations qu'elle a contractées[2].

Elle peut agir de suite, pendant le mariage, pourvu d'ailleurs qu'elle soit autorisée. Elle peut, en outre, agir pendant dix ans après la dissolution du mariage (article 1304). L'inaction au cours du mariage n'emporte aucune déchéance. On

1. Pothier, *De la puissance du mari*, n°s 5 et 77.

2. Aussi bien que par la femme, l'action en nullité peut être intentée par ses créanciers, agissant de son chef en vertu de l'article 1166. Cass. 10 mai 1853, D. P. 1853.I.160, Sir. 1853.I.572, — Paris 14 novembre 1887, D. P. 1888.II.225.

ne veut pas contraindre la femme à révéler au mari l'oubli de ses droits ; or, pour agir en nullité, il lui faudrait l'autorisation d'ester en justice. Le délai de dix ans passé, l'acte, qui n'était pas nul, mais seulement annulable, est validé, confirmé, faute par la femme d'avoir agi en temps utile. C'est ce que dit l'article 1115 dans un cas analogue.

2° La nullité peut être demandée par le mari, qui peut alléguer que son autorité a été méconnue [1]. Il peut agir de suite ; en outre, l'article 1304 lui donne, pour agir, dix ans à partir de la dissolution du mariage. Ce délai, qui se comprend aisément quand il s'agit de la femme, est ici moins facile à expliquer. En effet, rien ne saurait arrêter l'action du mari ; il n'a aucune raison pour surseoir ; dès lors son action pourrait être limitée à la durée du mariage, ou mieux à un délai de dix ans depuis qu'il aurait eu connaissance de l'acte fait par la femme sans autorisation.

3° La nullité peut être demandée par les héritiers de la femme et par ceux du mari. C'est le droit commun que les héritiers succèdent aux droits de leurs auteurs ; ils trouvent l'action dans la succession. Cela se comprend aisément pour les héritiers de la femme ; ils attaquent l'acte afin de n'être pas tenus des obligations en résultant. Cela se comprend moins pour les héritiers du mari, car les actes faits par la femme sont non avenus pour le mari : la femme peut avoir compromis son patrimoine, mais ne peut pas avoir engagé

1. C'est une question de savoir si les créanciers du mari peuvent agir de son chef, en vertu de l'article 1166, ou s'il s'agit, au contraire, d'un droit inhérent à la personne, insusceptible comme tel d'être exercé par les créanciers. Une distinction doit être faite à cet égard. Dans la grande majorité des cas, le droit pour le mari de demander la nullité a sa raison d'être dans la méconnaissance de son autorité ; quand il en est ainsi, le droit du mari est inhérent à sa personne et ne peut être exercé par ses créanciers (article 1166). Toutefois il peut arriver que le mari ait un intérêt non seulement moral mais pécuniaire à demander la nullité ; dans ce cas, le droit peut être exercé, au nom du mari, par ses créanciers (article 1166). Il en est ainsi dans l'hypothèse où la femme a renoncé sans autorisation à une succession ouverte à son profit et dont l'émolument devait tomber en communauté, au moins pour partie (Marcadé, *Explication du Code civil*, 7e édit., I, p. 593). — Ces indications, sur le double fondement possible du droit que le mari possède d'agir en nullité, conduisent à une remarque importante. Le mari peut toujours agir en nullité, même sans avoir un intérêt pécuniaire tant que dure le mariage ; l'action en nullité a un fondement suffisant dans la méconnaissance de l'autorité maritale. Mais il en est autrement après la dissolution du mariage, sans qu'il importe de distinguer entre la dissolution par prédécès de la femme et la dissolution par divorce ; dans les deux cas, l'autorité maritale n'existe plus et le mari n'est recevable à agir en nullité que si l'action présente un intérêt pécuniaire.

celui du mari. D'autre part, si l'intérêt pécuniaire n'existe pas, l'autorité maritale n'existe plus. L'intervention des héritiers de la femme est donc difficilement explicable ; l'article 225 n'aurait pas dû dire que la nullité peut être demandée « par la femme, par le mari, *ou par leurs héritiers* », mais « par le mari, par la femme, *ou par les héritiers de celle-ci* ».

Cependant, le texte étant ce qu'il est, il faut admettre les héritiers du mari à agir s'ils justifient de quelque intérêt. Or il se peut, dans des cas rares, qu'ils aient un intérêt par suite du mécanisme des régimes matrimoniaux. On a cité deux cas.

1° Si les époux, a-t-on dit[1], sont mariés sous le régime de communauté, les actes de la femme autorisée engagent la communauté (article 1419) ; donc les héritiers du mari, venant de son chef, ont intérêt à prouver que la femme, n'étant pas autorisée, n'a pas pu engager la communauté. On cite ce cas mal à propos, car les héritiers du mari n'invoquent pas alors l'article 225 pour faire tomber l'acte, mais l'article 1419 ; ils n'allèguent pas l'incapacité, mais le régime. La preuve est que la femme aurait été capable si elle avait été autorisée de justice et cependant l'article 1419 ne serait pas applicable. Donc l'article 1419 est en dehors de la théorie de l'incapacité.

2° On a cité plus justement le cas de l'article 1464[2]. La femme renonce sans autorisation du mari à une succession mobilière qui devrait tomber dans la communauté. Les héritiers du mari ont un intérêt pécuniaire évident à faire annuler la renonciation pour défaut d'autorisation. Ils invoquent bien, cette fois, l'incapacité à l'appui de leur demande et non pas le régime ; en effet, la renonciation serait inattaquable si la femme avait été autorisée par justice. C'est vraiment un cas dans lequel les héritiers du mari ont un intérêt pécuniaire à demander la nullité d'un acte fait par la femme sans autorisation ; on comprend, dans ce cas, l'application de l'article 225.

Sauf cette difficulté, qui est secondaire, les conséquences du défaut d'autorisation sont simples quant aux actes extrajudiciaires : l'acte est nul, d'une nullité qui est seulement

1. Valette, *Cours de Code civil*, p. 356.
2. Valette, *Ibid.*, p. 357, — Marcadé, *Explication*, I, p. 593.

relative et nous en avons déduit cette première conséquence que la nullité peut être invoquée seulement par certaines personnes. Il y a une seconde conséquence : la nullité peut être couverte.

338. La nullité résultant du défaut d'autorisation peut se couvrir, en ce sens qu'elle peut cesser de pouvoir être invoquée et cela de deux manières.

1 Par l'expiration du délai pendant lequel elle peut être demandée. Ce délai, nous l'avons déjà indiqué, est de dix ans (article 1304). Comme il est le même pour la femme et pour le mari, l'action en nullité est perdue pour l'un et pour l'autre en même temps ; l'acte est définitivement valable à l'égard de tous. Les dix années commencent à courir du jour de la dissolution du mariage, c'est-à-dire du moment où a cessé l'incapacité.

2° La nullité peut se couvrir par la renonciation de ceux qui peuvent la demander. Quiconque a un droit et est capable d'en disposer peut y renoncer. Dès lors, la femme et le mari, qui, en cas d'actes faits sans autorisation, ont l'action en nullité, peuvent y renoncer. Renoncer à l'action en nullité relativement à un acte, c'est ratifier cet acte, le confirmer ; la nullité est alors couverte.

Ils peuvent y renoncer de deux manières : d'une manière expresse, au moyen d'un acte confirmatif (article 1338, alinéa 1), ou d'une manière tacite, en exécutant volontairement l'acte annulable (article 1338, alinéa 2).

Si la ratification est l'œuvre de tous deux, la situation est simple : l'acte est inattaquable. Si la ratification est l'œuvre de l'un d'eux seulement, la situation est plus compliquée, que la ratification se soit d'ailleurs produite sous une forme ou sous l'autre. C'est une question de savoir quel est, quant aux droits du mari, l'effet de la ratification émanant de la femme, ou réciproquement quel est, quant aux droits de la femme, l'effet de la confirmation émanant du mari. La loi ne prévoit pas la question. Ici encore, pour répondre, il serait utile de savoir quel est le fondement théorique de l'incapacité de la femme mariée, si la femme est déclarée incapable à raison des prérogatives inhérentes à l'autorité maritale, ou à raison de son inexpérience et du besoin qu'elle a d'être protégée.

L'hypothèse est celle-ci. Le mari a eu connaissance de l'acte

que la femme a passé seule et il pourrait en demander la nullité ; il ne le fait pas et, de plus, il déclare qu'il ne le fera pas ; il renonce à son action en nullité. Il est certain qu'il perd le droit d'agir (article 1338, alinéa 3). Mais la femme alors conserve-t-elle son droit d'agir, ou le perd-elle ? Si la femme est frappée d'incapacité au nom des exigences de l'autorité maritale, dès que le mari renonce à l'action en nullité, tout, semble-t-il, devient régulier ; la ratification du mari, validant l'acte, met fin à l'action de la femme. La nullité résulte du défaut de consentement ; dès que le mari intervient, le vice est réparé. Cette doctrine avait prévalu dans l'ancien droit, qui considérait l'incapacité comme découlant de la puissance maritale [1].

Si la femme est frappée d'incapacité parce qu'elle a besoin d'être protégée, vu son inexpérience naturelle, en d'autres termes dans son intérêt, dès qu'elle a passé un acte sans le concours de son protecteur, cet acte est annulable, annulable dans son intérêt et à son profit ; alors le mari peut bien renoncer à sa propre action, mais non à celle de sa femme. Le défaut d'autorisation ouvre deux actions indépendantes l'une de l'autre : l'une au profit du mari, l'autre au profit de la femme ; le parti que prend l'un n'est pas obligatoire pour l'autre.

Ainsi, il y a deux manières d'apprécier les effets de la ratification intervenue. Que décider entre ces deux points de vue ? En l'absence d'un principe général et dirigeant qui dicte la solution, il faut se tenir aussi près que possible des textes ; c'est le meilleur procédé d'interprétation quand la loi n'est pas l'expression d'un système qui en donne le sens. Or, à ne consulter que les textes, la seconde interprétation doit prévaloir. L'article 225 ouvre deux actions ; rien n'indique qu'elles soient dépendantes l'une de l'autre ; donc la renonciation à l'une n'emporte pas renonciation à l'autre. Dans le projet de Code, l'article 217 contenait un second alinéa ainsi conçu : « Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit « pour le valider. » Cet alinéa a disparu ; c'est donc qu'on a voulu écarter cette idée [2]. Telle est en effet l'opinion dominante [3], mais elle ne s'impose pas légalement.

1. Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. II, chap. I, sect. IV, nos 5 et 9. — Pothier, *De la puissance du mari*, nos 5 et 74.

2. Fenet, IX, p. 74 et 76.

3. Gide, *Condition privée de la femme* (édition Esmein), p. 472 et suiv., —

Si nous supposons que c'est la femme qui ratifie, quel sera l'effet de la ratification de la femme sur l'action du mari? L'hypothèse ne donne lieu à aucune difficulté sérieuse. Pendant le mariage, la femme ne peut pas ratifier seule, car l'article 217 lui interdit d'aliéner sans autorisation et c'est aliéner que renoncer à une action; si elle ratifie avec l'autorisation du mari, les deux actions tombent en même temps et la nullité est couverte; si elle ratifie avec l'autorisation de justice, les droits du mari demeurent intacts. Après la dissolution du mariage, la ratification de la femme n'éteint que l'action de la femme; l'action du mari reste intacte, soit entre ses mains si la dissolution du mariage s'est produite par le divorce[1], soit entre les mains de ses héritiers si le mariage s'est dissous par son prédécès.

B. *Actes judiciaires.*

339. L'article 225 ne contient rien de spécial à ce sujet. Cependant il ne peut pas s'appliquer à la lettre, car on n'attaque pas les jugements et arrêts par des actions en nullité, comme on attaque les actes extrajudiciaires, mais seulement par des voies de procédure. La nullité, alors, se produira, selon les cas, sous deux formes : tantôt sous forme d'exception opposée à la poursuite irrégulièrement engagée, tantôt sous forme de recours contre le jugement rendu. Ce sont les sanctions habituelles des irrégularités en matière de procédure.

Nous allons suivre l'application de la règle, qui est souvent assez compliquée, en supposant la femme dans les deux rôles qu'elle peut avoir dans une instance : ceux de demanderesse et de défenderesse.

340. Supposons-la d'abord demanderesse.

Deux aperçus opposés doivent être combinés. D'un côté, le défendeur ne peut pas, faute d'autorisation, demander la nullité de l'assignation. En effet, aux termes des articles 225 et 1125, alinéa 2, la femme seule peut se prévaloir du défaut d'autorisation. D'un autre côté, la décision qui interviendrait contre la femme au profit du tiers ne serait pas

Aubry et Rau, V, p. 165, texte et note 118, — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, article 225, nos 84 et suivants.

1. Le mari, toutefois, ne peut agir en nullité que si son action repose sur un intérêt pécuniaire. Voy. *suprà*, p. 469, note 1.

opposable à la femme, car la femme peut se prévaloir du défaut d'autorisation. Il est clair que le tiers ne saurait être tenu d'accepter la lutte dans des conditions aussi inégales, contre un adversaire qui n'est pas en règle ; il peut refuser l'instance contre la femme non autorisée qui l'assigne. On lui accorde une sorte d'exception, par laquelle, sans demander précisément la nullité de l'assignation, puisque l'article 1125, alinéa 2 ne le lui permet pas, il soutient la femme non recevable en l'état, jusqu'à ce qu'elle se soit fait régulièrement autoriser et soit en règle [1].

Il se peut toutefois que le défendeur accepte le débat sans cela. Qu'en adviendra-t-il ? Si la femme obtient gain de cause, c'est-à-dire gagne son procès, la décision sera inattaquable. Elle ne peut être attaquée par le tiers défendeur, car les tiers ne peuvent pas se prévaloir du défaut d'autorisation (article 1125, alinéa 2) ; elle ne saurait l'être ni par la femme, ni en son nom, puisqu'elle a réussi. Donc la décision est inattaquable.

Si la femme est condamnée, que vaut la décision ? Le défaut d'autorisation ne rend pas les actes nuls, mais seulement annulables ; elle vaut tant qu'elle n'est pas attaquée. Seulement la décision peut être attaquée par la femme [2] ; elle peut l'être non par l'action en nullité, qui n'est ouverte qu'en matière d'actes extrajudiciaires, mais par les voies de recours usitées en matière judiciaire : l'opposition si le jugement a été rendu par défaut, l'appel s'il est en premier ressort, le pourvoi en cassation dans tous les cas ; l'usage de ces voies de recours est possible même s'il n'existe pas d'autre cause de réformation que le défaut d'autorisation. Il est de jurisprudence que le moyen résultant du défaut d'autorisation est d'ordre public et peut être utilement proposé en tout état de cause, même pour la première fois devant la Cour de cassation [3].

Il résulte de ce qui précède qu'un défendeur serait bien imprudent d'accepter le débat contre une femme demanderesse

1. Aubry et Rau, V, p. 164 et 165.
2. Elle peut l'être aussi par les créanciers de la femme et par ses héritiers, conformément aux principes exposés précédemment à propos des actes extrajudiciaires.
3. Aubry et Rau, V, p. 163 et 164. — Cass. 31 juillet 1878, D. P. 1878.I.381, Sir. 1880.1.359, — Cass. 21 février 1888, D. P. 1888.I.214, Sir. 1888.I.104.

non autorisée; il courrait toutes les mauvaises chances, sans espoir de profiter des bonnes.

341. Supposons la femme défenderesse.

Le plus souvent, le demandeur assigne à la fois la femme et le mari : la femme parce qu'il prétend un droit contre elle, le mari pour autorisation. Une jurisprudence constante déclare nulle l'assignation donnée à une femme mariée si le mari n'est pas assigné en même temps pour autorisation [1]. Encore faut-il, toutefois, que la femme ou le mari, conformément à l'article 225, oppose la nullité. Ils ont pour cela une exception de nullité (article 173 C. proc. civ.).

Qu'adviendra-t-il si la nullité n'est pas opposée et que la femme, dès lors, soit en instance sans autorisation ? D'un côté, il est certain que le défaut d'autorisation ne peut pas empêcher le tiers demandeur de poursuivre son droit ; d'un autre côté, ce tiers n'a pas qualité pour demander, au nom de la femme, qu'elle soit autorisée : cela la regarde seule (article 861 C. proc. civ). Donc, strictement, l'instance suivra son cours. Seulement, si la femme est condamnée, elle pourra attaquer la décision pour défaut d'autorisation ; elle pourra l'attaquer par la voie de l'opposition, de l'appel ou du pourvoi en cassation. Le mari, de son côté, pourra l'attaquer, par la voie de recours qui est ouverte pour attaquer les jugements à ceux qui n'ont pas été parties au procès : la tierce opposition [2].

C'est assez dire que le tiers demandeur est encore placé dans une situation étrange ; il court en plaidant toutes les mauvaises chances et n'a pas l'avantage des bonnes. S'il succombe, la femme invoquera le jugement; s'il gagne, elle pourra toujours, pour le seul défaut d'autorisation, en obtenir la réformation .

Légalement, si le mari refuse l'autorisation et si la femme ne demande pas l'autorisation de justice, il ne paraît pas possible pour le tiers d'arriver à une décision définitive. En fait, il est impossible d'accepter qu'il en soit ainsi; il faut que les tiers aient un moyen d'engager régulièrement l'instance et d'arriver à une décision définitive. Aussi, une pratique cons-

1. Demolombe, *Du mariage*, II, p. 459.

2. Les créanciers et les héritiers du mari sont recevables à agir s'ils excipent d'un intérêt pécuniaire, conformément aux principes précédemment exposés à propos des actes extrajudiciaires.

tante admet que le demandeur, mettant en cause le mari en même temps que la femme, conclue à ce que le mari donne son autorisation ou qu'il y soit suppléé par le tribunal saisi de l'affaire. En effet, nul ne peut être forcé d'accepter en justice une situation irrégulière. Par là, on sort en fait d'embarras, mais cette pratique est très contestable au point de vue du droit ; on ne voit nulle part dans les textes qu'il soit question d'autorisation demandée pour les tiers. Cependant, comme il faut que la pratique trouve moyen d'aboutir, on admet cette solution sans difficulté[1].

342. En résumé, qu'il s'agisse des actes extrajudiciaires ou des actes judiciaires, la sanction du défaut d'autorisation consiste toujours dans la nullité relative ; seulement la nullité se produit sous des formes diverses, selon qu'il s'agit d'actes extrajudiciaires ou judiciaires.

Nous avons ainsi parcouru toutes les questions d'ordre pratique posées sur l'important sujet de l'incapacité de la femme mariée ; nous avons indiqué quelle est l'étendue, la portée de l'incapacité, par qui la femme doit ou peut être autorisée, enfin quelle est la sanction du défaut d'autorisation. Reste à savoir (c'est la dernière question et la conclusion) quelle est l'origine de tout ce système, comment il s'explique et dans quelle mesure il se justifie.

§ 2. — Fondement rationnel de l'incapacité.

343. Sur ce point, autant de personnes, autant d'avis différents. Cela tient à ce que les rédacteurs du Code n'ont pas eu d'idée bien arrêtée, de système bien défini. Les prescriptions de la loi se rattachent à des traditions d'origines diverses, qui, avec le temps, se sont combinées et ont amené, en définitive, un système sans principe, sans unité.

L'idée de l'incapacité de la femme mariée se retrouve partout dans le droit coutumier. Elle paraît y avoir été admise sous l'influence des traditions germaniques sur la famille, d'après lesquelles un pouvoir de garde et de tutelle était attribué au mari sur la personne et les biens de la femme. Ce pouvoir est ce qu'on appelait le *mundium* et le *mundium* germanique répondait à une idée d'infériorité, d'où découlait une nécessité de direction.

1. Dalloz, *Répertoire*, V° *Mariage*, n° 828.

Rien de semblable dans les pays de droit écrit. Les biens que la femme affectait aux charges communes et qu'on appelait dot passaient aux mains du mari par l'effet du régime ; quant aux biens non affectés aux charges communes, les paraphernaux, la femme en disposait comme si elle eût été fille ou veuve. L'idée de l'incapacité de la femme mariée pour les droits dont elle gardait l'exercice était inconnue. Seulement un sénatusconsulte célèbre, qui date du milieu du premier siècle de l'ère chrétienne, avait introduit dans le droit romain une certaine incapacité d'un ordre très particulier, atteignant non pas la femme mariée, mais la femme en général, qu'elle fût fille, épouse ou veuve. C'était le sénatusconsulte Velléien. Il interdisait aux femmes de s'obliger pour autrui, de s'obliger elles-mêmes en se portant cautions, d'obliger leurs biens en les hypothéquant à la dette d'autrui. Etait-ce dans l'intérêt des femmes et comme moyen de protection ? Etait-ce contre elles, pour diminuer leur influence dans l'Etat, jugée excessive depuis qu'avait disparu la tutelle perpétuelle ? Les romanistes discutent ce point d'histoire. Il est certain qu'il en résultait une incapacité pour la femme. Le Velléien fut longtemps appliqué en France, puis aboli en 1606 par édit d'Henri IV, de sorte que, à la fin de l'ancien droit, l'incapacité de la femme mariée n'existait plus en pays de droit écrit. C'est donc se tromper étrangement qu'imputer au droit romain l'incapacité de la femme mariée. Le droit romain a connu l'incapacité de la femme en général, mariée ou non, mais rien d'analogue à notre système actuel, qui admet que la femme est capable hors mariage et incapable seulement pendant le mariage.

344. Les rédacteurs du Code, dans les articles 215 à 226, se sont donc certainement inspirés du droit coutumier ; mais quels ont été les motifs, les considérations qui les ont guidés ? Rien n'est plus incertain. On peut ramener à trois les idées qui ont cours sur ce point.

a) La première idée est la moins réfléchie de toutes ; elle ne provient que d'une confusion. La nécessité de l'autorisation, dit-on, vient de ce que, dans la gestion des intérêts de la société conjugale, il faut unité de direction. Si, dans la gestion de ces intérêts, le mari agit dans un sens, la femme dans un autre, il y aura chaos ; d'où la nécessité pour la femme de se faire autoriser.

C'est un point de vue tout à fait inexact. En effet, l'incapacité n'apparaît et n'a d'effets qu'à propos des intérêts qui ne sont pas devenus communs, c'est-à-dire de ceux qui, par l'effet du régime, sont restés personnels à la femme. Pour ceux des droits de la femme dont l'exercice est délégué au mari par l'effet du régime, ce n'est pas parce que la femme est incapable qu'elle ne les exerce pas, c'est parce qu'elle s'est retiré le pouvoir de le faire. Qu'allègue-t-on alors la nécessité de l'unité dans la gestion des intérêts communs? C'est une illusion, puisque l'incapacité n'apparaît, au contraire, qu'à propos des intérêts non rendus communs. L'aperçu ne repose que sur une erreur.

b) D'après un autre point de vue, la nécessité de l'autorisation pourrait être regardée comme un instrument d'autorité, comme un moyen de discipline intérieure, de gouvernement domestique. « La société conjugale, a-t-on dit, comme « toute autre société régulièrement organisée, doit avoir « un chef; par la force des choses, ce chef ne peut être que le « mari [1]. » La femme est incapable parce que la nature l'a faite dépendante; le fondement de l'incapacité de la femme, comme on disait jadis, c'est la prérogative légitime du sexe masculin.

En soi, cette thèse est fort contestable. Est-ce le système du Code? Non, pour plusieurs raisons.

1° Pourquoi, s'il en était ainsi, l'action en nullité pour défaut d'autorisation serait-elle donnée à la femme comme elle l'est par l'article 225? Si elle lui est donnée, c'est que son intérêt est en cause; si l'incapacité ne résultait que de l'autorité maritale, l'action serait donnée au mari seul.

2° Si l'incapacité était établie dans le seul intérêt de la puissance maritale, pourquoi le mari mineur n'autoriserait-il pas valablement sa femme? Il en était ainsi dans l'ancien droit, où effectivement la nécessité de l'autorisation ne provenait que du respect dû au mari. Or il en est autrement aujourd'hui (article 224).

3° Si l'incapacité n'existait que dans le seul intérêt du mari, pourquoi la femme pourrait-elle faire lever l'incapacité en obtenant l'autorisation judiciaire?

4° Si l'incapacité n'existait que dans le seul intérêt du

1. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire du Code Napoléon*, I, p. 234.

mari, comment la femme ne pourrait-elle point se passer de l'autorisation quand le mari est absent, quand il est dans l'impossibilité légale ou de fait de la lui donner ?

Donc l'incapacité de la femme n'est pas seulement un hommage rendu à la prépondérance du sexe fort. Il y entre certainement une idée de protection ; la situation de la femme est analogue à celle des interdits et des mineurs, comme le marque du reste l'article 1124.

c) Se plaçant à un troisième point de vue, certains auteurs pensent que la nécessité de l'autorisation a pour raison d'être l'inexpérience habituelle des femmes dans la gestion de leurs intérêts, leur légèreté naturelle. Si la loi déclare la femme incapable, c'est dans son intérêt et parce que la nature l'a faite faible, *propter fragilitatem sexus*. De là, dit-on, la nécessité d'une autorisation spéciale ; de là le contrôle de la justice à défaut du mari ; de là la possibilité pour la femme d'agir en nullité.

Voilà qui est encore contestable. C'était l'idée romaine de la tutelle perpétuelle, idée relevée chez nous au XVIe siècle. La coutume imposait au mari un devoir d'assistance et de direction ; les romanistes transformèrent ce devoir en un droit, en une *auctoritas* ; au XVIe siècle, il y eut un amalgame des deux idées. Quoi qu'il en soit, est-ce le système du Code ? Non, pour plusieurs raisons.

1° Pourquoi, si telle était l'idée de la loi, la femme non mariée, veuve ou divorcée serait-elle pleinement capable ? Le mariage ne peut avoir pour effet d'augmenter la *fragilitas sexus*. La loi regarde si peu les femmes comme incapables de gérer leurs intérêts qu'elle leur confie quelquefois les intérêts de leurs enfants (article 390) ou même ceux de leurs maris (article 507).

2° Si tel était le système de la loi, pourquoi le mari aurait-il l'action en nullité ? La femme seule devrait l'avoir, si l'incapacité était fondée sur la seule idée de protection.

345. En résumé, ni l'un ni l'autre de ces points de vue ne suffit à rendre compte des dispositions de la loi. Le principe qui en a dicté et qui en domine les règles échappe à l'analyse. Le droit moderne a suivi confusément diverses traditions qui se sont succédé puis confondues sur la condition civile des femmes mariées ; il contient des dispositions sans unité, parfois contradictoires ; c'est une législation sans système.

Ce qu'on peut dire de plus exact est ceci et le système

alors se défend infiniment mieux : l'incapacité de la femme n'est établie ni dans son seul intérêt à elle, ni au nom de la seule autorité maritale, mais dans l'intérêt de la famille en général, dans l'intérêt de l'avenir de la famille, dont le mari, dans l'état de nos mœurs, a la responsabilité. Tant que l'harmonie règne, la nécessité de l'autorisation n'entrave pas sérieusement la liberté de la femme ; son incapacité n'est que théorique. Quand les brouilles surviennent, il faut que l'avenir de la famille ne soit pas abandonné aux caprices de la femme ; de là les articles 215 à 218. Le législateur a voulu empêcher la femme de compromettre par ses actes le nom de la famille, de modifier un patrimoine qui est, au moins à certains égards, celui de son mari, puisqu'il doit devenir un jour celui de ses enfants. On ne peut nier qu'il y ait un intérêt majeur à sauvegarder[1].

On ne peut guère rien dire de plus. De sorte que les règles relatives à l'incapacité se rattachent à plusieurs idées, dont aucune n'a été nettement analysée ; l'idée fondamentale reste incertaine.

Le vague des idées d'où est sorti le système n'est pas la moindre cause des attaques dont il est l'objet. Ainsi s'expliquent les atteintes qui déjà y ont été portées, notamment par la loi du 6 février 1893, laquelle, en cas de séparation de corps, a complètement effacé l'incapacité. Cependant, si le système s'explique par l'intérêt général et supérieur de la famille, pourquoi effacer l'incapacité alors que, par la division survenue entre les époux, cet intérêt collectif de la famille est particulièrement exposé ? Le système se défend mal, parce qu'il n'est ni précis dans son principe, ni bien réglé dans ses applications.

Étant donné l'état de la question, voici ce qui apparaît comme probable dans l'avenir. On restreindra de plus en plus la nécessité de l'autorisation aux actes qui touchent aux intérêts vraiment collectifs de la famille ; peut-être même les subordonnera-t-on à l'assentiment des deux époux, ce qui identifierait la condition de la femme et celle du mari. En cas de désaccord entre les époux, la justice déciderait au mieux des intérêts en présence. Cela ne changerait pas beaucoup la situation actuelle en fait, mais cela la changerait beaucoup en principe et cela mettrait fin à la guerre qui existe, à cet égard, entre les hommes et les femmes.

1. Valette, *Cours de Code civil*, p. 332.

CHAPITRE III

DE LA PREUVE DU MARIAGE

346. Les articles 194 à 200 sont relatifs à cet objet.

C'est une règle de droit commun que quiconque émet une prétention doit l'établir. Donc, quiconque allègue un mariage doit, au besoin, si le mariage est dénié, le prouver, c'est-à-dire prouver le fait de la célébration, puisque c'est la célébration qui est la substance même du mariage, puisque c'est d'elle qu'il résulte. Les personnes qui peuvent avoir ainsi à établir l'existence du mariage sont les suivantes.

1° Les conjoints. D'une part, ils peuvent avoir à prouver le mariage l'un contre l'autre, car certains droits et devoirs naissent entre époux par l'effet du mariage (articles 212 et suivants). D'autre part, ils peuvent avoir à le prouver contre les tiers, car la preuve du mariage est le préalable d'un grand nombre d'actions relatives aux intérêts pécuniaires des époux. La femme doit le prouver contre les créanciers du mari quand elle invoque son hypothèque légale, contre ses propres créanciers quand elle invoque son incapacité ; le mari doit le prouver contre les créanciers de la femme quand il invoque l'incapacité de celle-ci ; tous deux ont à le prouver pour faire valoir contre les tiers les droits résultant du contrat de mariage, lequel n'est efficace que si le mariage est intervenu.

2° Les enfants. En effet, s'ils sont issus de personnes mariées, ils sont légitimes ; d'où, pour prouver leur légitimité et se prévaloir des droits inhérents à cette qualité (droits de succession et autres), il leur faut, s'il y a lieu, établir le mariage de leurs père et mère.

3° Les parents des conjoints, afin d'établir les liens de parenté qui les rattachent aux enfants issus du mariage et indirectement les droits qui en découlent, notamment les droits de succession.

4° Tous ceux enfin qui invoquent des droits contre les époux en cette qualité. Les cas sont nombreux ; nous les verrons notamment au titre du contrat de mariage.

347. En vue des hypothèses diverses dans lesquelles il peut être nécessaire de prouver l'existence d'un mariage, la loi admet, selon les cas, quatre modes possibles de preuve : la preuve par l'acte de mariage, la preuve par témoins, la preuve par le résultat d'une procédure criminelle, enfin la preuve par la possession d'état. Reprenons ces quatre modes de preuve, afin de préciser par quelles personnes et dans quels cas chacun peut être invoqué.

SECTION I. — **Preuve par l'acte de mariage.**

348. C'est le mode régulier, normal et habituel, si bien que l'article 194 commence par le signaler comme étant le seul : « Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du « mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit « sur le registre de l'état civil... » En cela, le texte va trop loin, puisqu'il y a quatre modes de preuve.

La preuve par l'acte de mariage est l'application du droit commun. Dès que l'acte de mariage est présenté, si d'ailleurs l'identité de ceux dont le mariage est allégué avec ceux que l'acte concerne n'est pas contestée, ou si, contestée, elle est établie, le mariage est prouvé ; il est prouvé avec l'autorité qui s'attache aux actes de l'état civil, c'est-à-dire jusqu'à inscription de faux.

Ce mode de preuve est ouvert à quiconque peut avoir à prouver le mariage : prétendus époux, enfants et toutes autres personnes.

SECTION II. — **Preuve par témoins.**

349. L'article 194 dit : « Nul ne peut réclamer le titre « d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente « un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil, « *sauf les cas prévus par l'article* 46, *au titre des actes de l'état* « *civil.* »

C'est encore une application du droit commun. Aux termes de l'article 46, en cas de non tenue, de perte ou de destruction

des registres, que ce soit la suite d'un cas fortuit, d'un délit ou d'un crime, peu importe, le mariage peut être prouvé par témoins, puis l'acte est rétabli. C'est encore un mode de preuve ouvert à tous ceux qui peuvent avoir besoin de prouver un mariage.

Ces deux premiers modes de preuve n'ont rien de spécial au mariage ; ils sont l'application des règles ordinaires en matière d'état civil. Il en est autrement des deux autres ; ils sont des exceptions au droit commun, écrites spécialement en vue et dans l'intérêt du mariage.

SECTION III. — **Preuve par le résultat d'une procédure criminelle.**

350. L'article 198 est ainsi conçu : « Lorsque la preuve « d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par « le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du « jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, « à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, « tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfants issus de « ce mariage. »

Dans quels cas la preuve d'un mariage peut-elle être établie par le résultat d'une procédure criminelle ? C'est à quoi répondent les articles 198 à 200. Ces trois articles ne sont pas clairs. Leur obscurité tient à deux causes. D'abord, ils sont mal rédigés ; ils emploient des locutions empruntées à la langue du droit pénal et les emploient en dehors de leur sens exact, du moins en dehors de leur sens aujourd'hui usité. Le motif est que le sens technique de ces locutions n'a été arrêté que dans le Code d'instruction criminelle de 1808 et dans le Code pénal de 1810 ; il ne l'était pas encore en 1804. D'autre part, les articles 198 à 200 visent des hypothèses déjà prévues par l'article 46 ; seulement ils le complètent sans distinguer nettement ce qu'ils prévoient de spécial. A la rigueur, l'article 46 suffirait, car il prévoit le cas d'inexistence ou de destruction des registres et c'est ce que fait aussi l'article 198 ; dans quelques cas, l'article 198 dispense de recourir à l'article 46 : voilà tout. Ce qui manque à la loi, c'est d'avoir indiqué quels rapports il y a entre les articles 46 et 198, quand il y a lieu à l'application de l'un ou de l'autre.

351. Voici l'hypothèse de l'article 198. La loi suppose que la preuve ordinaire et normale, celle qui consiste dans la présentation de l'acte de mariage, manque par suite d'un fait qui constitue une infraction à la loi pénale, par suite d'un délit ou d'un crime.

1° Par suite d'un délit. On appelle ainsi, d'après la classification du Code pénal de 1810, l'infraction punie d'une peine correctionnelle (article 1 C. pén.). Par exemple, l'officier de l'état civil a rédigé l'acte sur une feuille volante, au lieu de l'inscrire sur les registres ; l'acte ne vaut rien par application de l'article 194 du Code civil et le fait est un délit par application de l'article 192 du Code pénal.

2° Par suite d'un crime. On appelle ainsi, d'après la classification du Code pénal, l'infraction punie d'une peine criminelle (article 1 C. pén.). Par exemple, une personne quelconque a détruit ou falsifié l'acte, de sorte que la trace du mariage se trouve effacée. C'est un crime par application des articles 145 et suivants, 173 et 439 du Code pénal.

Ces divers faits, qui ont effacé ou détruit les actes de l'état civil, sont prévus en bloc par l'article 52 du Code civil ; il déclare qu'ils peuvent donner lieu à une action civile en dommages-intérêts et à une action publique tendant à l'application d'une peine ; c'est, du reste, le droit commun (articles 1, 2 et 3 C. d'inst. crim.). Dans tous ces cas, l'article 46 est applicable et pourrait suffire, car il ne distingue pas si le fait d'où résulte que les registres n'existent pas ou n'existent plus tombe ou non sous le coup de la loi pénale. Donc le mariage, dans tous ces cas, peut être prouvé d'abord par témoins.

Ce qu'ajoute l'article 198 est ceci. Dans le cas où le fait d'où résulte que l'acte de mariage n'existe pas ou n'existe plus tombe sous le coup de la loi pénale, constitue une infraction pénale, il n'est pas besoin de recourir à l'article 46, c'est-à-dire de faire rétablir l'acte par témoins ; la décision rendue par les juges de répression quant à ce fait suffit. En effet, elle tient lieu de l'acte, parce que, en punissant le fait d'où résulte que l'acte n'existe pas, elle implique que cet acte devrait exister, donc que le mariage est prouvé. Alors on comprend l'article 198.

Pour établir nettement les rapports de l'article 198 avec l'article 46 et spécifier dans quels cas chacun d'eux est applicable, il faut donc distinguer trois hypothèses.

1° Si le fait d'où il résulte que l'acte n'existe pas ou n'existe plus n'est pas une infraction, l'article 46 est seul applicable.

2° Si ce fait est une infraction, mais que l'auteur du fait soit inconnu, l'article 46 est encore seul applicable, puisqu'aucune poursuite pénale n'est possible.

3° Si ce fait constitue une infraction et que l'auteur soit connu, l'article 46 est encore applicable, mais l'article 198 dispense d'y recourir, en admettant la décision rendue au criminel comme suffisante.

352. Il va être facile, ces distinctions faites, de voir dans quelle mesure les articles 198 à 200 peuvent être appliqués à la lettre, dans quelle mesure il faut les modifier. Trois cas peuvent se présenter. En les parcourant, les inexactitudes de rédaction apparaîtront aisément.

1er Cas. — Il peut arriver que l'auteur du fait coupable soit connu et existe encore, sans qu'il importe d'ailleurs de distinguer suivant que cet auteur est l'officier de l'état civil ou un étranger. Dans ce cas, il y a place pour l'action publique et pour l'action civile. L'action publique, tendant à l'application d'une peine, est mise en mouvement par le ministère public, d'office ou sur plainte s'il s'agit d'un crime, par exemple dans l'hypothèse de faux ou de lacération de l'acte de mariage : la juridiction compétente est la Cour d'assises, qui rend des arrêts ; s'il s'agit d'un délit, par exemple dans l'hypothèse de rédaction d'un acte sur une feuille volante, l'action publique est mise en mouvement par le ministère public ou par les particuliers eux-mêmes : la juridiction compétente est le tribunal correctionnel, qui rend des jugements. L'action civile, qui tend à la réparation pécuniaire du préjudice causé, est toujours intentée par la partie lésée ; elle peut être portée : 1° devant la juridiction civile de droit commun, — 2° devant la juridiction pénale déjà saisie de l'action publique, — 3° quand il s'agit d'un délit, devant le tribunal correctionnel en même temps que l'action publique.

Le jugement ou arrêt de condamnation qui intervient sur l'action publique tient lieu de l'acte de mariage, comme impliquant que cet acte existait. On pourrait recourir à la preuve testimoniale de l'article 46, mais l'article 198 dispense de le faire ; le résultat de la poursuite pénale vaut preuve. Le texte dit : « Lorsque la preuve... se trouve acquise par « le résultat d'une procédure criminelle » ; il faudrait ajou-

ter : « ou correctionnelle ». La distinction des crimes et des délits n'était pas arrêtée en 1804.

La sentence intervenue sur l'action publique vaut donc preuve du mariage. Mais il peut arriver que l'action publique n'ait pas été mise en mouvement et que la victime du fait coupable par suite duquel l'acte de mariage n'existe pas ou n'existe plus ait assigné l'auteur de ce fait en dommages-intérêts devant la juridiction civile du droit commun. La sentence de condamnation intervenue sur cette action civile, en dehors de toute action publique, vaut-elle preuve du mariage ? On ne saurait l'admettre [1]. En effet, l'article 198 prévoit que la preuve peut être acquise par le résultat d'une procédure pénale ; or l'action civile en dommages-intérêts a son origine et sa base dans un fait puni par le droit pénal, mais n'est pas une action pénale. D'autre part, il n'y a guère d'utilité à admettre la sentence civile comme valant preuve, puisque les intéressés peuvent toujours, agissant au civil, recourir au droit commun de l'article 46, c'est-à-dire à la preuve testimoniale. Enfin la sentence civile condamnant à des dommages-intérêts ne saurait être admise comme valant preuve du mariage que si les faits motivant la condamnation étaient des faits punis par le droit pénal : c'est seulement à cette condition que l'action civile en dommages-intérêts pourrait, à la rigueur, être appelée procédure pénale ; il faudrait donc que la juridiction civile qualifiât les faits au point de vue pénal, les déclarât punissables, sans d'ailleurs prononcer de peines ; or ce n'est pas une attribution qui appartienne normalement aux tribunaux civils et elle ne peut leur être conférée en l'absence d'un texte formel.

La seule sentence intervenue sur l'action publique vaut donc preuve du mariage. Encore n'a-t-elle cette valeur que si elle a été inscrite sur les registres de l'état civil : « Lors-« que la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve « acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'ins-« cription du jugement sur les registres de l'état civil assure « au mariage... » Cette inscription ne peut être faite que si elle est ordonnée par justice (article 99). L'ordre peut être donné par la juridiction de répression qui prononce la con-

1. *Secus*, Baudry-Lacantinerie, *Précis*, 4e édition, I, p. 342, n° 574 ; — Dalloz, *Répertoire*, V° *Mariage*, n° 437.

damnation, soit d'office, soit sur la réquisition du ministère public, soit sur les conclusions des intéressés, qui se portent parties civiles. Il peut l'être aussi, après la clôture de la procédure pénale, par les juridictions civiles de droit commun, saisies par les intéressés ou par le ministère public.

2e Cas. — Il peut arriver que l'auteur du fait coupable soit connu, mais n'existe plus. Dans ce cas, il n'y a plus place pour l'action publique, qui est éteinte par la mort du coupable (article 2 C. d'inst. crim.) ; mais il reste place pour l'action civile en dommages-intérêts contre les héritiers du coupable ; par application de l'article 200, la sentence de condamnation rendue sur cette action peut être inscrite sur les registres de l'état civil et vaut preuve du mariage : « Si l'officier « public est décédé lors de la découverte de la fraude, l'ac- « tion sera dirigée au civil contre ses héritiers, par le procu- « reur du roi, en présence des parties intéressées, et sur leur « dénonciation. »

Quatre observations doivent être faites sur ce texte.

1° Le texte suppose que le fait coupable, à raison duquel l'acte de mariage n'existe pas ou n'existe plus, a été commis par l'officier de l'état civil ; mais la règle serait la même si le fait avait pour auteur une autre personne et le texte doit être lu de la façon suivante : « Si l'auteur du fait coupable « est décédé... »

2° L'action civile prévue par l'article 200 n'est possible que contre les héritiers de l'auteur du fait coupable. La sentence, pour être inscrite sur les registres de l'état civil et valoir preuve du mariage, devra donc, admettant la culpabilité du défunt, constater que les faits à lui reprochés tombent sous l'application de la loi pénale. Pareille constatation ne rentre pas normalement dans l'office des tribunaux civils; elle y rentre exceptionnellement, par application directe de l'article 200.

3° La sentence prévue par l'article 200 n'intervient pas comme conséquence d'une procédure pénale, mais d'une procédure civile. L'article 198 est donc mal rédigé, disant : « Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se « trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle. » Il ne suffit même pas de dire : « Par le résultat d'une procé- « dure criminelle ou correctionnelle. » Il faut généraliser davantage et dire : « Par le résultat d'une poursuite motivée « par une infraction à la loi pénale. »

4° L'action prévue par l'article 200, étant une action civile en dommages-intérêts, devrait appartenir, conformément à l'article 1, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle, aux victimes du fait coupable. Par dérogation au droit commun, l'article 200 réserve le droit d'agir au ministère public. Le motif de la dérogation est le suivant : le législateur a craint une collusion entre les héritiers du coupable et ceux qui ont intérêt à établir la preuve du mariage. Quand le coupable lui-même est en cause, aucune collusion n'est à craindre, car il risque d'encourir une peine, à laquelle il ne voudra pas s'exposer ; mais quand les héritiers du coupable sont en cause, ils risquent seulement une condamnation pécuniaire et la laisseront prononcer sans se défendre, pourvu qu'il soit entendu que les frais de la condamnation seront supportés par ceux qui ont intérêt à établir la preuve du mariage. Pour éviter toute collusion semblable, la loi réserve au ministère public le droit d'agir, ce qui rend la fraude impossible.

La précaution n'était peut-être pas utile ; en effet, même si les intéressés pouvaient agir, suivant le droit commun, le ministère public aurait un droit de surveillance et pourrait démasquer la fraude ; il le pourrait d'autant mieux qu'une pareille instance devrait être communiquée au ministère public. D'autre part, la précaution n'est peut-être pas bien efficace, car les intéressés gardent toujours le droit de recourir au droit commun de l'article 46, c'est-à-dire à la preuve testimoniale, et la collusion des héritiers du coupable peut se produire sous la forme de faux témoignages obtenus d'eux par les intéressés.

3e Cas. — Il peut arriver que l'auteur du fait coupable soit inconnu, ou, s'il est connu, qu'il soit mort sans laisser d'héritiers contre lesquels on puisse agir en dommages-intérêts, ou enfin que l'action soit prescrite. Dans ces hypothèses, il n'y a lieu ni à l'action pénale de l'article 198, ni à l'action civile de l'article 200 ; l'article 46 est donc seul applicable, de même que dans l'hypothèse où le fait par suite duquel l'acte n'existe pas ou n'existe plus n'est pas qualifié par la loi pénale.

353. En résumé, la décision judiciaire qui fait preuve du mariage et que l'article 198 appelle « le résultat d'une procé« dure criminelle », peut intervenir : 1° sur l'action publique criminelle, — 2° sur l'action publique correctionnelle,

— 3° sur l'action civile en dommages-intérêts dans le cas de l'article 200.

354. Reste l'article 199 : « Si les époux ou l'un d'eux sont « décédés sans avoir découvert la fraude, l'action criminelle « peut être intentée par tous ceux qui ont intérêt de faire « déclarer le mariage valable et par le procureur du roi. » C'est un article singulier, sur lequel on a beaucoup discuté depuis 1804. La seule explication plausible est la suivante. La preuve par le résultat d'une poursuite motivée par une infraction pénale est, comme la preuve par l'acte de mariage et comme la preuve testimoniale, un mode de preuve général, susceptible d'être invoqué par quiconque peut avoir à établir l'existence d'un mariage : par les époux eux-mêmes et, après eux, en cas de mort notamment, par tous autres. Voilà ce qu'entend exprimer sans doute l'article 199, mais il le fait en termes incorrects et cela s'explique, car, en 1804, les conditions d'exercice de l'action publique et de l'action civile en dommages-intérêts n'étaient pas établies ; les deux actions ne sont pas distinguées par le texte et il en résulte un véritable *imbroglio*. Compris ainsi, l'article 199 n'ajoute rien d'ailleurs aux dispositions des articles 198 et 200 ; c'est un texte obscur, inutile dans la seule explication plausible qui puisse en être donnée : mieux vaut le tenir pour non avenu.

SECTION IV. — **Preuve par possession d'état.**

355. Il en est traité dans les articles 195 à 197. Nous avons dit déjà qu'à l'inverse des trois premières preuves, qui peuvent être invoquées par toute personne ayant besoin de prouver le mariage (époux, enfants, parents, tiers), la preuve par possession d'état est admise exclusivement dans l'intérêt des enfants et à défaut des trois premiers modes de preuve ; elle ne peut être invoquée que par eux.

Nous avons vu précédemment en quoi consiste la possession appliquée à l'état des personnes, notamment en quoi consiste la possession appliquée à l'état d'époux : elle résulte de ce que deux personnes se traitent et se comportent comme étant mariées et passent notoirement pour l'être [1]. Quels sont les effets de cette possession d'état?

1. *Suprà*, p. 394.

356. Elle en a un que nous avons déjà signalé et sur lequel nous n'avons pas à revenir : elle couvre les irrégularités de forme du mariage, c'est-à-dire le vice de clandestinité. La publicité donnée au mariage postérieurement à la célébration et résultant de ce que les deux époux passent notoirement pour être mariés répare ce qui peut avoir manqué au début, c'est-à-dire ce qui peut avoir manqué à la publicité de la célébration. Tel est le sens qu'une interprétation aujourd'hui générale donne à l'article 196 : « Lorsqu'il y a posses-« sion d'état et que l'acte de célébration du mariage devant « l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont res-« pectivement non recevables à demander la nullité de cet « acte. » Cet acte, c'est la célébration du mariage[1].

357. Mais la possession d'état vaut-elle preuve du mariage à défaut d'acte de mariage ?

Par rapport aux époux, aux prétendus époux, puisqu'il s'agit de savoir s'ils sont mariés, et à leur profit, non ; l'article 195 est formel : « La possession d'état ne pourra dis-« penser les prétendus époux qui l'invoqueront respective-« ment, de représenter l'acte de célébration du mariage « devant l'officier de l'état civil. » Rien de plus rationnel. La possession d'état est l'œuvre des prétendus époux ; elle ne peut dès lors rien prouver à leur profit : on ne se crée pas un titre à soi-même. D'ailleurs, que deux personnes vivent comme mari et femme, fût-ce notoirement, cela ne prouve pas qu'elles soient mariées régulièrement. Si les prétendus époux allèguent qu'ils sont mariés, qu'ils se procurent l'acte de mariage, qu'ils disent au moins où a eu lieu la célébration ; c'est un fait assez notable dans la vie pour qu'on ne perde pas le souvenir du lieu où il s'est accompli. Il n'est pas besoin, dès lors, pour les époux eux-mêmes, que rien puisse remplacer l'acte de mariage, sauf exceptionnellement à prouver le mariage par témoins, à moins qu'il ne soit établi par le résultat d'une procédure criminelle. De là l'article 195.

Si les prétendus époux ne peuvent pas invoquer la possession d'état pour prouver qu'ils sont mariés, à plus forte raison les tiers ne le peuvent-ils pas. Donc la possession d'état, en principe, n'est pas une preuve du mariage ; elle ne l'est ni pour les prétendus époux, ni pour les tiers.

1. *Suprà*, p. 394 et 395.

Par rapport aux enfants, la règle est différente. Par enfants il faut entendre ici les enfants ou petits-enfants, en d'autres termes les descendants. La possession d'état est admise comme preuve suffisante à leur profit, sous certaines conditions qu'indique l'article 197, s'ils ne peuvent présenter l'acte de mariage. Ils ont à prouver le mariage de leurs père et mère pour établir leur légitimité et faire valoir les droits qui en découlent. Or, faisant la part des exigences de situation, l'article 197 reconnaît aux enfants et descendants le bénéfice de la légitimité, quoiqu'ils ne présentent pas l'acte de mariage de leurs père et mère ou de leurs ascendants, par cela seul que ceux-ci ont eu la possession d'état d'époux. A leur profit, la possession d'état devient une preuve du mariage. L'article 197 subordonne l'emploi de cette preuve à quatre conditions.

1° Il faut que les père et mère soient morts tous deux. S'ils existent tous deux ou tant que l'un d'eux existe, il est possible de savoir où est l'acte de mariage et il n'est pas besoin d'un mode supplémentaire de preuve, — 2° qu'ils aient eu de leur vivant la possession d'état d'époux, — 3° que les enfants aient eu la possession d'état d'enfants légitimes, — 4° que l'acte de naissance ne contredise pas la légitimité. Il la contredirait, par exemple, s'il disait que les enfants sont nés de père et mère inconnus ou s'il les qualifiait d'enfants naturels, si la mère y était indiquée comme non mariée ou désignée sous son nom patronymique, à plus forte raison s'il contenait reconnaissance. Si ces diverses conditions sont remplies, on ne peut se prévaloir du défaut d'acte de mariage pour contester aux enfants leur légitimité. La double possession d'état de leurs auteurs et d'eux-mêmes, non contredite par l'acte de naissance, vaut preuve du mariage à leur profit.

En effet, il faut faire la part des circonstances ; sans la règle de l'article 197 les enfants se trouveraient souvent placés dans une situation fort difficile. Tant qu'un des auteurs existe, pas de difficultés ; il dira où a eu lieu le mariage et on pourra se procurer l'acte. Si les deux auteurs sont morts (et c'est une condition essentielle d'application de l'article 197) il se peut que les enfants ignorent où le mariage de leurs père et mère a été célébré ; que feront-ils alors ? La situation passe pour régulière en fait, puisque le père et la mère ont eu la possession d'état d'époux, puisque les enfants eux-mêmes

ont la possession d'état d'enfants légitimes; on tient alors la situation pour établie en droit. De là l'article 197, qui déroge aux principes en faveur de la légitimité; dérogation nécessaire : sans cela, que de situations seraient exposées !

358. Des motifs qui expliquent l'article 197 il faut conclure que cet article est applicable non seulement en cas de mort des père et mère, seule hypothèse formellement prévue, mais encore dans le cas où ils seraient tous deux absents ou en état d'aliénation mentale, ou bien l'un mort et l'autre dans l'impossibilité, pour une cause quelconque, de donner des renseignements. Par identité de motifs, la faveur due aux enfants doit être étendue d'un cas à l'autre; d'ailleurs la loi met quelquefois sur la même ligne la mort et l'impossibilité de manifester sa pensée, par exemple dans l'article 149, et il faut en conclure qu'elle sous-entend l'assimilation là où elle ne la fait pas expressément.

Il n'y a difficulté que dans le cas ou l'époux survivant est le contradicteur de l'enfant dans l'action tendant à prouver le mariage. En pareil cas, il est aussi impossible à l'enfant de savoir où le mariage a été célébré que si les deux auteurs étaient décédés; faut-il admettre la preuve du mariage dans les conditions de l'article 197? Il est difficile d'aller jusque-là. Sans doute l'enfant mérite autant de faveur dans ce cas que dans le cas prévu par l'article 197; mais c'est une considération qui s'adresse au législateur : il n'est pas permis aux interprètes d'étendre les dispositions qui sont exceptionnelles, comme celle de l'article 197.

CHAPITRE IV

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

359. C'est l'objet du chapitre VII ; il ne contient qu'un seul article, lequel signale trois causes de dissolution du mariage : le divorce, la mort naturelle et la mort civile d'un des époux. De ces trois causes, la mort naturelle seule a été constamment maintenue et en effet elle s'impose ; le divorce a été supprimé en 1816 et rétabli en 1884 ; la mort civile a duré jusqu'à la loi du 31 mai 1854, qui l'a abolie. De sorte qu'il subsiste à l'heure présente deux causes de dissolution : la mort naturelle et le divorce.

Le divorce doit être ici mentionné seulement pour mémoire parmi les causes de dissolution du mariage ; il fait l'objet d'un titre spécial du Code, le titre VI, dont l'explication viendra plus tard. Nous n'avons donc à parler que de la dissolution du mariage par la mort naturelle d'un des époux ; nous ajouterons quelques explications 1° sur l'annulation du mariage, qui, au moins dans un cas, doit être considérée comme une cause de dissolution, — 2° sur les effets de l'absence quant au mariage.

SECTION I. — **De la dissolution du mariage par la mort naturelle de l'un des époux.**

360. La mort naturelle de l'un des époux est la seule cause normale et régulière de dissolution du mariage, car, de sa nature, le mariage est l'union pour la vie, le *consortium omnis vitæ* ; il est perpétuel : c'est un de ses caractères essentiels. Il est perpétuel pour trois raisons : parce que la perpétuité est conforme à l'intention des parties, parce qu'elle est juste, parce qu'elle est utile au point de vue social.

D'abord la perpétuité est conforme à l'intérêt des parties.

En effet, le mariage associe deux destinées ; quand elles s'unissent, elles le font sans idée de séparation ; c'est un fait certain. D'ailleurs, la prévision de la perpétuité rend seule possible la confiance illimitée, sans laquelle il n'y a pas de bonheur possible en ménage ; comment se livrerait-on tout entier, corps et âme, ainsi qu'il convient, si l'union n'était pas considérée comme perpétuelle ? Puis les intérêts communs se forment et se multiplient, les charges communes naissent, celle des enfants spécialement, à laquelle il ne peut être bien pourvu que par une vie commune perpétuelle. Tout concourt ainsi, au début et plus tard, à écarter l'idée d'une séparation. Quand on se marie, c'est pour la vie ; le *consortium vitæ* implique la perpétuité et doit être un *consortium omnis vitæ*. Vainement on alléguera que les personnes qui ont formé un contrat sont libres de le révoquer. Il en est ainsi de droit commun (article 1134, alinéa 2) et c'est l'argument banal en faveur du divorce, que beaucoup regardent comme une conséquence de ce que le mariage, aux yeux de la loi moderne, est un simple contrat civil. Même en se plaçant au point de vue du seul droit civil, ce n'est là qu'une idée erronée. Il est, en effet, un autre principe de droit civil non moins certain, d'après lequel les conventions obligent les parties conformément à leurs intentions (article 1156). Or le mariage crée une situation qui n'a d'analogie avec aucune autre ; la question n'est pas de savoir ce qui est naturel aux contrats en général, mais ce qui est naturel à celui-là et il est certain que, dans la pensée des parties, lors du mariage, le *consortium omnis vitæ* implique la perpétuité.

En second lieu, la perpétuité est juste. La pensée du soutien mutuel est inséparable du mariage ; la confiance en ce soutien vient de la certitude qu'il ne faillira pas à celui des deux époux que l'effort commun affaiblira le premier. C'est de l'essence du mariage ; c'est sur la foi de cette idée qu'on se marie. Pour la femme surtout, que vieillissent plus vite les labeurs de la maternité, l'abandon, à l'âge où vient la vieillesse, serait injuste et cruel. Donc la perpétuité est juste.

Enfin elle est utile au point de vue social pour deux raisons. D'une part, l'éducation des enfants ne peut être saine et forte que dans un ménage uni et restant uni jusqu'au bout dans l'œuvre commune. D'autre part, et cette considération

pratique a sa valeur, la prévision de la perpétuité a la vertu d'apaiser par la nécessité les dissentiments passagers ; elle enlève aux dissentiments, sinon aux inimitiés, l'occasion de se produire, ce qui assure sinon les ménages excellents, du moins les ménages qui restent tranquilles et c'est bien quelque chose.

361. Donc, de sa nature, le mariage est perpétuel ; c'est conforme à l'intention des parties, c'est juste, c'est utile. La conséquence, encore une fois, est que la mort constitue la seule cause normale de dissolution du mariage.

Il se dissout par la mort. Donc ses effets cessent ; pas tous cependant : il en est qui survivent. La distinction est simple.

Ceux des effets du mariage qui ont été la conséquence de son existence, de ce qu'il a été contracté, continuent de se produire : alliance, parenté légitime, etc. Notamment l'épouse survivante continue d'avoir droit au nom du mari tant qu'elle ne se remarie pas.

Ceux des effets qui ont trait aux rapports des époux entre eux ou à la condition de la femme mariée cessent naturellement. Voici quelques applications.

1° Les devoirs respectifs prennent fin, sauf que la succession du prédécédé doit des aliments au survivant (loi du 9 mars 1891, article 2, article 205 C. civ.).

2° L'incapacité de la femme et ses suites cessent.

3° Le survivant, quel qu'il soit, mari ou femme, recouvre sa liberté et peut contracter un nouveau mariage. A certaines époques, on a vu avec défaveur et on a entravé de diverses manières les seconds et subséquents mariages. Rien de semblable dans la loi moderne. Les seconds ou subséquents mariages sont affaire de convenance personnelle, dès lors de liberté individuelle. Ils sont cependant l'objet de quelques règles spéciales, mais ce n'est plus en aucune façon par suite de la défaveur qui les atteint ; c'est seulement comme moyen jugé nécessaire de protéger divers intérêts qui peuvent se trouver engagés et exposés à être lésés.

a) La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après l'expiration du délai fixé par l'article 228. Nous avons vu précédemment les motifs de cette disposition.

b) Quelques précautions sont prises dans l'intérêt des enfants du premier mariage, s'il en existe. Il y a lieu de craindre que l'époux survivant, qui contracte une nouvelle union, ne

conserve pas pour eux la même sollicitude. C'est pourquoi l'époux qui convole à une nouvelle union ne conserve pas sur ses enfants issus d'un mariage précédent la plénitude des droits qui découlent de la puissance paternelle ou de la tutelle (articles 380, 381, 395, 399 et 400); nous retrouverons cette matière en étudiant le titre IX du livre I du Code. C'est pourquoi encore l'époux qui se remarie ne peut plus, s'il a des enfants d'un mariage précédent, disposer à titre gratuit au profit de son conjoint, ce qui nuirait à ses enfants, avec la même latitude que s'il n'en avait pas. La règle est inscrite dans l'article 1098, qui fait partie de théories dont ce n'est pas ici la place ; il suffit pour le moment de le noter.

c) L'époux qui se remarie perd quelques droits pécuniaires qui sont considérés comme une suite du mariage oublié. Ainsi, aux termes de l'article 386, la mère qui se remarie perd son droit d'usufruit légal sur les biens de ses enfants mineurs issus d'un précédent mariage. Ainsi, aux termes de l'article 1 de la loi du 14 juillet 1866, le conjoint survivant qui se remarie perd les droits que lui confère cette loi sur les droits d'auteur du conjoint prédécédé.

SECTION II. — De l'annulation du mariage.

362. Nous avons vu précédemment dans quels cas le mariage peut être annulé ; nous n'avons pas à y revenir.

Nous avons vu également que l'annulation prononcée rétroagit en général, de sorte que le mariage annulé est considéré comme n'ayant jamais existé. Donc l'annulation ne doit pas, en principe, être considérée comme une cause de dissolution. Autre chose est l'annulation, qui rétroagit, autre chose la dissolution, qui n'a d'effet que *in futurum* ; la dissolution met fin au mariage pour l'avenir sans l'effacer dans le passé, l'annulation l'efface même pour le passé.

Nous avons vu enfin que la bonne foi des époux empêche la rétroactivité des effets de l'annulation, de sorte que le mariage annulé, appelé alors putatif, cesse seulement pour l'avenir et est considéré comme ayant existé jusque-là. Cela revient à dire qu'alors, mais alors seulement, l'annulation est, à proprement parler, une cause de dissolution ; elle met fin au mariage sans l'effacer. La dissolution entraîne dans

ce cas des conséquences identiques à celles qui ont été déduites précédemment à propos de la dissolution par décès.

SECTION III. — **Des effets de l'absence quant au mariage.**

363. Ici encore nous n'avons qu'à rappeler des idées connues et à en faire l'application. L'absence, dans le système du Code civil, si prolongée qu'elle soit, même déclarée, même suivie d'envoi en possession définitif, ne dissout pas le mariage. Ce qui constitue l'absence, c'est l'incertitude d'existence; cette incertitude n'autorise que des mesures provisoires, sur lesquelles on puisse revenir : dès lors elle reste sans effet sur le mariage, qui subsiste, car on ne comprendrait pas une dissolution provisoire.

De là une première conséquence certaine : l'époux présent ne peut pas contracter un nouveau mariage, car « on en « peut contracter un nouveau mariage, dit l'article 147, « avant la dissolution du premier ». Dès qu'il a été marié, il ne peut plus se remarier qu'en prouvant le décès de son conjoint, ce qui, dans l'espèce, est impossible, puisque l'absence implique incertitude d'existence, impossibilité de prouver soit la vie, soit la mort. C'est précisément pour cela que la pratique tend, nous l'avons vu [1], à admettre facilement la mort comme prouvée et que les tribunaux ordonnent souvent, quoique la preuve du décès par examen du cadavre soit impossible, la rédaction de l'acte de décès. Dans ce cas, il n'y a plus absence, mais dissolution par décès. Hors ce cas, le principe subsiste : l'absence ne dissout pas le mariage et un mariage ultérieur n'est pas possible.

On peut supposer cependant que le conjoint de l'absent a contracté une nouvelle union, par erreur ou par fraude, au mépris de l'article 147. Dans ce cas, y a-t-il bigamie ? Le second mariage doit-il être annulé ? Non, en principe. En effet, l'incertitude, qui est constitutive de l'état d'absence, met dans l'impossibilité de prouver l'existence du premier mariage comme d'en prouver la dissolution. De même que l'époux présent est hors d'état de prouver sa liberté à l'effet de pouvoir se marier, de même les intéressés sont hors d'état

1. Voy. *suprà*, p. 193 et suiv.

de prouver qu'il est marié à l'effet de faire tomber son second mariage. L'incertitude ne suffit pas pour rendre possible un nouveau mariage ; elle ne suffit pas davantage pour troubler un mariage nouveau. L'époux présent ne doit pas se marier, parce qu'il ne peut pas prouver qu'il est libre ; une fois marié, ceux qui attaqueraient son mariage ne pourraient pas prouver que ce mariage est entaché de bigamie. En cas d'absence d'un des conjoints, la règle est le maintien du *statu quo* ; dans le doute, il ne faut pas agir.

Qu'adviendra-t-il maintenant, dans le cas d'un mariage contracté par l'époux présent, si l'absence vient à cesser ? La situation se fixe. S'il est prouvé que l'époux disparu était mort quand le conjoint présent s'est remarié, le second mariage est valable. S'il est prouvé, au contraire, que l'époux disparu était encore vivant quand le conjoint s'est remarié, le second mariage est entaché de bigamie. Alors les articles 184, 188 et 190, dont l'application est suspendue par l'état d'absence, reprennent autorité ; la bigamie est une cause de nullité absolue, qui peut être invoquée : 1° par l'époux au préjudice duquel le mariage a été contracté (article 188), — 2° par les deux conjoints et par toute personne intéressée, — 3° enfin par le ministère public (article 194). Le ministère public est obligé d'agir et doit faire condamner les époux bigames à se séparer (article 190).

364. Ces règles sont simples. Sont-elles bien celles du Code ? Il n'en faut pas douter, malgré les équivoques auxquelles prête le seul article qui ait trait à ce point, l'article 139, lequel est ainsi conçu : « L'époux absent dont le conjoint a con-
« tracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer
« ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir,
« muni de la preuve de son existence. »

Dans le projet primitif du Code, deux articles formulaient les règles énoncées. Le premier déclarait que l'absence ne dissout pas le mariage ; il fut écarté comme inutile par le Conseil d'Etat. Le second, légèrement modifié par le Conseil d'Etat, prit la forme suivante : « Le nouveau mariage con-
« tracté par le conjoint de l'époux absent ne pourra être
« annulé sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de
« la mort de l'absent ; néanmoins, si l'absent se représente,
« ce mariage sera déclaré nul. » Cela revient à dire que, tant que dure l'absence, l'impossibilité de prouver la bigamie

empêche l'action en nullité et que, dès que l'absence cesse, le droit commun reprend son empire. Lors de la rédaction du projet définitif, le conseiller d'État chargé de cette rédaction voulut abréger le texte et il en fit l'article 139 actuel[1]. Au lieu de s'arrêter à cette idée simple que nul ne peut agir en nullité tant que dure l'absence, l'article ne s'occupe que de la personne absente ; il lui donne, à elle seule, le droit d'agir : « L'époux absent dont le conjoint a contracté une nou- « velle union sera seul recevable à attaquer ce mariage... » « De là une double difficulté d'application.

1° Supposons l'hypothèse suivante. Des nouvelles arrivent de l'absent, qui font cesser l'incertitude et, par là même, mettent fin à l'absence. Le mariage contracté par l'époux présent doit-il être annulé ? Oui, semble-t-il, car il est certainement entaché de bigamie ; or les articles 184 et 190 déclarent qu'un tel mariage est entaché de nullité et d'une nullité absolue. Seulement, l'article 139 dit que l'époux seul peut agir, de sorte que la nullité devient relative, d'absolue qu'elle est dans les autres cas.

2° Faisons une autre hypothèse. L'absent revient. Le second mariage de l'époux présent est certainement entaché de bigamie. Le ministère public peut-il et doit-il agir ? Oui, semble-t-il, car les articles 184 et 190 lui en donnent le droit et lui en font un devoir. Mais l'article 139 réserve le droit d'agir en nullité au seul époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union. Si cette situation lui plaît, s'il ne veut pas agir, l'état de bigamie va-t-il se maintenir et se continuer sans risque ni danger ? Il s'est trouvé des interprètes[2] pour admettre ce résultat et pour appliquer à la lettre l'article 139. C'est se montrer bien scrupuleux. Le sens des articles du projet était clair et rationnel ; il n'est pas admissible que le conseiller rédacteur ait eu la pensée et le droit de dénaturer la proposition adoptée. Tout ce que signifie l'article 139, c'est que l'absence, tant qu'elle dure, suspend l'action en nullité et qu'on rentre dans le droit commun dès qu'elle cesse.

Toutefois, l'article 139 apporte au droit commun une dérogation notable. En principe, toute personne intéressée est

1. Voy. Locré, IV, p. 101 et 102.
2. Laurent, *Principes*, II, n° 250.

recevable à prouver l'existence d'une personne présumée absente à l'effet de faire cesser l'absence. Par exception, tous les intéressés ne sont pas recevables à attaquer le mariage contracté par le conjoint présent d'un absent, en offrant de prouver que l'absent existait au jour où ce mariage a été célébré : « L'époux absent dont le conjoint a contracté une nou- « velle union, dit l'article 139, est seul recevable à attaquer « ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir « muni de la preuve de son existence. » Cette particularité s'explique par une double considération : la nullité d'un mariage est chose grave, la preuve de l'existence d'une personne déclarée absente est chose délicate ; le législateur n'a pas voulu faire dépendre le sort d'un mariage d'éléments de preuve dont l'appréciation ne serait pas à l'abri de toute chance d'erreur. Nulle erreur, au contraire, n'est plus possible quand l'absent manifeste son existence en attaquant ou faisant attaquer le mariage. L'absent rentrant en scène, il n'y a plus d'absence, plus d'incertitude et l'application de l'article 184 ne se heurte plus à aucune difficulté [1].

365. En résumé, le mariage n'est pas rompu par l'absence déclarée d'un des conjoints. En 1884, lors du rétablissement du divorce, on a longtemps discuté la question de savoir si l'absence déclarée devait être admise au moins comme cause de divorce. La solution contraire a prévalu, de sorte que la déclaration d'absence n'a même pas une influence indirecte possible sur la destinée du mariage [2].

1. Aubry et Rau, I, p. 635, texte et note 4.

2. De même que la règle d'après laquelle l'absence ne dissout pas le mariage est applicable aux trois périodes de l'absence (*suprà*, p. 280 et 281), de même l'article 139 est applicable, lui aussi, pendant les trois périodes.

APPENDICE

DE LA DETTE ALIMENTAIRE.

366. Le Code y consacre les articles 205 à 211. Ces textes contiennent des dispositions réglementaires dont l'intérêt pratique est assez grand, dont l'importance doctrinale est minime ; nous allons y chercher rapidement en quoi consiste la dette alimentaire, par qui et à qui elle est due, quelle en est la quotité, comment et sous quelle forme elle doit ou peut être acquittée.

367. En principe, l'adulte, c'est-à-dire l'individu arrivé à son développement complet, n'a aucun droit contre personne : ni contre la famille, ni contre la société ; il a lui-même la responsabilité de son existence. Toutefois on a toujours considéré que certaines circonstances, tantôt momentanées, tantôt permanentes, par exemple les maladies, les infirmités, la vieillesse, quand elles sont accompagnées d'indigence, peuvent replacer l'adulte sous le régime de la protection due. De là la dette alimentaire, ou d'assistance, devoir de famille, dont la loi fixe l'étendue et la limite. Assister ses proches dans le besoin est un devoir vulgaire. Ce n'est, en principe, qu'un devoir de conscience ; cependant il y a un minimum dont la loi fait un devoir civil, à l'exécution duquel la loi veille, et c'est précisément la dette alimentaire. Elle a pour fondement la nécessité de la protection de l'adulte par suite de circonstances exceptionnelles, lesquelles transforment le devoir moral d'assistance en devoir civil, en devoir de famille. *Necare videtur is qui alimenta denegat*, disait le droit romain [1].

On a cependant essayé de rattacher cette obligation d'assistance à l'ordre successif. L'éventualité de la succession imposerait la dette : *ubi emolumentum ibi onus* ; de sorte qu'il y aurait corrélation entre la dette alimentaire et le droit de

1. Fragm. 4, Dig., *De agnoscendis et alendis liberis*, XXV, 3.

succession. Nous rencontrerons çà et là quelques conséquences parfois proposées de ce point de vue. Nulle part cela n'est ni n'a été dit. On peut affirmer que c'est une idée sans fondement au point de vue légal, car il y a des personnes qui se doivent réciproquement la pension alimentaire et entre lesquelles n'existe pas un droit de succession : par exemple certains alliés ; sans fondement aussi au point de vue rationnel, car la dette alimentaire est due précisément aux personnes dont celui qui la paie n'a rien à attendre, puisqu'on les suppose dans la misère. L'obligation alimentaire est un devoir moral d'assistance, dont la loi détermine le minimum et dont elle fait un devoir social ; aussi l'article 349 la qualifie d'obligation naturelle.

C'est ainsi qu'il faut l'envisager et il va sans dire qu'elle manque de tout fondement dans la doctrine qui ne voit dans la société que des individus, qui conteste que la famille ait soit des droits, soit des devoirs.

368. Ainsi comprise, la dette alimentaire comprend ce qui est nécessaire à la conservation de la vie matérielle : le logement, la nourriture, l'habillement. Elle est habituellement acquittée en argent; c'est le mode de prestation habituel. La loi n'énonce pas la règle, mais celle-ci résulte de ce que la loi y apporte deux exceptions.

La première est indiquée par l'article 210 : « Si la per« sonne qui doit fournir les aliments justifie qu'elle ne peut « payer la pension alimentaire, le tribunal pourra, en con« naissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa de« meure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle « devra des aliments. » C'est une traduction légale de l'adage « vulgaire : à l'impossible nul n'est tenu ; c'est une application d'un autre adage plus vulgaire encore : quand il y en a pour deux il y en a pour trois.

La seconde exception est indiquée par l'article 211 : « Le « tribunal prononcera également si le père ou la mère qui « offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure « l'enfant à qui il devra des aliments, devra dans ce cas être « dispensé de payer la pension alimentaire. » Sans avoir besoin de justifier d'une impossibilité, le père ou la mère pourra faire diminuer le montant de la prestation pécuniaire en offrant de payer en nature une partie de la dette.

Ces deux exceptions supposent établie la règle que la dette se paie normalement en argent.

Les sommes payées à ce titre sont insaisissables entre les mains de la personne assistée (article 581 C. proc. civ.)[1]. D'autre part, les dettes d'aliments ne peuvent pas être opposées en compensation (article 1293). Sans cela, le but même de la dette alimentaire serait manqué.

369. Voilà en quoi consiste la dette alimentaire et sous quelle forme elle doit ou peut être acquittée. La loi règle, en outre, par qui et à qui elle est due, puis quelle en est la quotité.

Le droit de demander des aliments est exceptionnel ; il l'est sous deux rapports. D'abord il n'appartient qu'à ceux auxquels la loi le confère formellement ; à l'égard de tous autres, le devoir de secourir peut être une obligation morale, il n'est pas une obligation légale. En outre, même à ceux auxquels la loi le reconnaît, il n'appartient que s'ils sont hors d'état de se procurer par eux-mêmes les ressources nécessaires et s'ils en justifient, ce qui est une question de fait, laissée à l'appréciation des juges.

370. La quotité de la dette est variable à l'infini. La seule règle à cet égard est écrite dans l'article 208 et elle est très vague : « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion « du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui « qui les doit. » Or besoins et ressources sont choses essentiellement relatives ; rien n'est moins susceptible de détermination absolue. On peut payer des pensions de quelques francs, de cinquante ou cent francs par an, et aussi des pensions très élevées de cinquante ou cent mille francs. La pension alimentaire comprend toujours le logement, la nourriture, l'habillement, mais proportionnés aux habitudes sociales qu'autorise la situation de famille, au milieu dans lequel vivent les personnes. C'est une question de fait. Le chiffre de la pension est fixé à l'amiable ; à défaut d'arrangement amiable, les tribunaux apprécient et décident.

Il résulte de là qu'il n'y a jamais chose jugée en pareille matière. Les besoins de celui qui reçoit la pension, comme les ressources de celui qui la paie peuvent augmenter, diminuer, disparaître ; chaque modification dans les positions

1. Voy. Dalloz, *Table des vingt-deux années* (1845-1867), V° *Saisie-arrêt*, n°s 52 et suiv.

peut amener la nécessité de changer les chiffres. L'article 209 prévoit la diminution; il devrait prévoir aussi l'augmentation. La fixation du chiffre de la pension n'est jamais que provisoire; les jugements qui fixent ce chiffre ajoutent habituellement: *sauf à en référer*. Tout est question de fait en pareille matière. La dette alimentaire est un expédient de nécessité dans des cas exceptionnels ; les juges du fait en fixent l'étendue. Tantôt ils en ordonnent le paiement sans limite de temps, tantôt pour un temps déterminé.

371. Plus précise est la règle qui fixe au profit de qui et à la charge de qui l'obligation alimentaire existe.

1° Elle existe entre ascendants et descendants à l'infini (articles 205 et 207). La règle concerne les ascendants et descendants légitimes. Elle concerne aussi les ascendants et descendants naturels ; en effet, les articles 762 à 764 consacrent l'existence de l'obligation alimentaire au profit des enfants adultérins ou incestueux, dans les cas exceptionnels où leur filiation est constatée ; à plus forte raison cette obligation doit-elle exister quand il s'agit de parenté naturelle simple. Entre parents, l'obligation ne va pas plus loin ; elle se restreint à la ligne directe : il n'y a pas d'obligation légale entre collatéraux, même entre les collatéraux les plus proches, entre les frères et sœurs.

2° L'obligation alimentaire existe entre certains alliés en ligne directe. « Les gendres et belles-filles, dit l'article 206, « doivent... des aliments à leurs beau-père et belle-mère; « mais cette obligation cesse : 1° lorsque la belle-mère a « convolé en secondes noces ; 2° lorsque celui des époux qui « produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec « l'autre époux, sont décédés. » L'article 207 ajoute : « Les « obligations résultant de ces dispositions sont réciproques. »

Le texte paraît n'établir l'obligation qu'entre alliés en ligne directe au premier degré, car il ne parle que des beaux-pères et belles-mères, gendres et belles-filles. Cependant on admet généralement que l'obligation existe à tous les degrés, c'est-à-dire que le conjoint doit des aliments à tous les descendants et à tous les ascendants de son conjoint. C'est ce que portait le projet de Code civil ; la rédaction fut changée pour éviter une confusion que nous allons indiquer, mais nullement pour limiter les degrés où l'obligation existe en ligne

directe. Le conjoint doit des aliments aux ascendants et descendants auxquels en doit son conjoint[1].

Même en admettant cette extension, il faut remarquer que l'article 206 ne comprend pas tous les alliés en ligne directe. Ainsi, le second mari de la mère devient l'allié des enfants du premier lit ; il est leur allié au premier degré. La seconde femme du père a la même qualité. Cependant, l'obligation alimentaire n'existe pas entre eux. En effet, l'article 206 ne soumet pas à cette obligation les alliés en ligne directe ; il est énonciatif et par là-même limitatif. Il parle de beaux-pères et belles-mères, gendres et belles-filles ; or le sens des expressions *beaux-pères* et *belles-mères* est fixé par les expressions de *gendres* et *belles-filles* qu'on leur oppose, ce qui exclut les parâtres et marâtres : l'obligation alimentaire n'existe ni à leur profit, ni à leur charge.

3° Elle existe entre époux (article 212). C'est l'obligation de secours, dont il a été parlé précédemment.

4° Elle existe entre l'adoptant et l'enfant adoptif (article 349).

5° Elle existe de la part du donataire à l'égard du donateur (article 955) et elle s'explique, dans ce cas, comme une conséquence de la gratitude que doit inspirer le bienfait reçu.

6° Enfin l'obligation alimentaire existe de la part de la succession de l'époux prédécédé au profit de l'époux survivant, s'il est dans le besoin. Cette règle est inscrite dans l'article 205, refondu par la loi du 9 mars 1891, qui modifie les droits de l'époux survivant sur la succession de son conjoint prédécédé. Le nouveau texte donne lieu à des difficultés d'interprétation qui se rattachent aux principes du droit des successions ; l'étude en sera faite sous l'article 767.

Telles sont les personnes entre lesquelles existe l'obligation légale d'assistance, en d'autres termes la dette alimentaire. A l'égard de tous autres, encore une fois, elle n'existe que comme devoir moral ; l'autorité publique n'intervient plus.

372. D'après l'article 207, quiconque la doit y a droit ; en d'autres termes, elle est réciproque et c'est une règle essentielle

1. Dalloz, *Répertoire*, V° *Mariage*, n° 630, — *Table des vingt-deux années* (1845-1867), V° *Aliments*, n° 11.

du sujet. Bien entendu, ce n'est pas à dire que les personnes indiquées se la paient réciproquement. L'article 207 signifie que si l'obligation est déclarée exister entre deux personnes, celle des deux qui se trouve avoir besoin d'une pension alimentaire peut l'exiger de l'autre, si celle-ci est en état de la payer. Toutes deux sont-elles en état de se suffire, rien n'est à faire ; toutes deux sont-elles également dénuées de ressources, rien n'est possible ; si l'une a des ressources qui font défaut à l'autre, c'est le cas de la pension alimentaire. De sorte que chacune d'elles a éventuellement le droit de l'exiger de l'autre, sous cette double condition qu'elle soit dans le besoin et que l'autre puisse lui venir en aide. C'est en ce sens, aux termes de l'article 207, que l'obligation est réciproque.

L'article 207, quoique général dans ses termes, n'est cependant pas absolu. Il comporte quelques exceptions ; l'une d'elles est certaine, quelques autres peuvent être admises, mais sont contestables.

Voici celle qui est certaine. Le donataire doit des aliments au donateur (article 955), mais la réciproque n'est pas vraie ; l'article 207 n'est applicable qu'aux personnes indiquées dans les articles 205 et 206.

Quant à celles qui sont douteuses, elles sont au nombre de trois.

1° Entre alliés, la dette alimentaire, réciproque en principe, peut être regardée comme cessant de l'être dans un cas que prévoit l'article 206. L'obligation alimentaire cesse, dit cet article : « 1° lorsque la belle-mère a convolé en secondes « noces ; 2° lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, « et les enfants issus de son union avec l'autre époux, sont « décédés. » Reprenons ces deux hypothèses.

Une femme mariée meurt sans laisser d'enfants, ou bien elle laisse des enfants qui meurent à leur tour. La dette alimentaire cesse d'exister entre les parents et le mari de cette femme ; elle est éteinte des deux côtés. C'est même l'argument principal sur lequel on s'appuie pour soutenir que l'alliance cesse avec le mariage qui la crée, quand il ne reste pas d'enfants issus de ce mariage.

La belle-mère contracte un nouveau mariage. Ce faisant, elle se donne un nouveau protecteur et il paraît inutile que gendres et belles-filles restent tenus de l'obligation alimentaire. D'autre part, la belle-mère qui se remarie se place sous

une dépendance étrangère et cesse de s'appartenir ; il paraît choquant que les gendres et belles-filles soient tenus de lui payer une pension dont elle n'aurait ni la disposition, ni peut-être le profit. L'obligation alimentaire cesse donc d'exister au profit de la belle-mère [1]. Mais le texte ne dit pas qu'elle cesse d'exister à sa charge ; l'obligation n'existe plus à la charge des gendres et belles-filles, tout en continuant d'exister à leur profit [2]. Malgré le silence de la loi et par identité de motifs, on admet que la belle-fille veuve, qui a des enfants [3] et contracte un nouveau mariage, reste tenue de la dette alimentaire à l'égard des père et mère de son premier mari, mais ne peut plus l'exiger d'eux [4].

2° Nous avons indiqué que l'enfant adultérin ou incestueux a droit de se faire payer une pension alimentaire par ses père et mère. Ceux-ci ont-ils un droit réciproque à l'encontre de leurs enfants ? On en a douté, alléguant que nul ne doit être admis à se faire un titre de sa faute. L'opinion contraire est cependant préférable, car la dette est réciproque en principe (article 207) ; du moment que l'obligation existe au profit des enfants adultérins ou incestueux, elle doit exister aussi à leur charge [5].

3° On a soutenu quelquefois que celui qui a légalement droit à des aliments perd ce droit quand il a commis contre celui qui les lui doit un fait à raison duquel il serait exclu de la succession de celui-ci ; en d'autres termes, on a proposé de transporter au droit à des aliments les causes de déchéance établies par l'article 727 en matière de successions [6]. L'ori-

1. La belle-mère qui se remarie est seule déclarée par le texte déchue du droit de demander des aliments à ses gendres et belles-filles ; il en est autrement du beau-père, dont le nouveau mariage a, en effet, des résultats bien différents. Tandis que la belle-mère qui se remarie se donne un nouveau protecteur, le beau-père qui en fait autant assume de nouvelles charges ; puis il devient le chef de sa nouvelle famille et conserve, avec la disposition, le profit assuré de la pension payée par ses gendres et belles-filles (Dalloz, *Répertoire*, V° *Mariage*, n°632).

2. L'opinion contraire a été soutenue : voyez Valette, *Explication*, p. 317, — Dalloz, *Répertoire*, V° *Mariage*, n° 633.

3. Si elle n'avait pas d'enfants, la dette alimentaire serait éteinte par application du 2° de l'article 206.

4. Dalloz, *Répertoire*, V° *Mariage*, n° 635. Le gendre veuf, qui a des enfants et se remarie, ne perd pas son droit aux aliments. La différence entre le gendre et la belle-fille repose sur les mêmes motifs que la différence faite entre le beau-père et la belle-mère. Dalloz, *eod. loc.*

5. Demolombe, *Du mariage*, II, p. 17 et suiv.

6. Aubry et Rau, VI, p. 107.

gine de cette manière de voir est facile à découvrir; elle réside dans le système de la corrélation entre l'obligation alimentaire et le droit éventuel de succession. C'est assez dire que l'idée ne doit pas être retenue. Si on l'admettait, ce serait un cas dans lequel la dette alimentaire cesserait d'être réciproque ; en effet, l'individu coupable d'un des faits prévus par l'article 727 perdrait son droit à des aliments sans cesser d'être tenu d'en fournir.

Sauf dans ces cas, dont l'un est certain, dont les autres sont douteux, l'obligation alimentaire est réciproque.

373. Voici maintenant, et nous terminerons par là ce sujet, deux questions pratiques, toutes deux controversées, sur lesquelles la jurisprudence offre de grandes divergences.

A. La dette alimentaire résulte des rapports de parenté ou d'alliance. Que deviennent le droit à la pension et le devoir de la payer en cas de mort soit du créancier, soit du débiteur?

Quant au droit d'exiger la pension, pas de difficulté ; la mort éteint la créance. Le droit du créancier ne se transmet pas à ses héritiers ; c'est un droit inhérent à la personne, accordé à la personne vu sa qualité et non transmissible. Tout le monde est d'accord à cet égard.

La question est plus délicate quand c'est le débiteur de la pension qui meurt. Ses héritiers sont-ils tenus? Si l'héritier est de ceux qui doivent la pension, il en est tenu non comme héritier, mais personnellement ; le *quantum* en est calculé d'après ses ressources personnelles. Mais s'il n'est pas de ceux qui la doivent personnellement, en est-il tenu comme héritier du débiteur? Par exemple, le mari doit une pension alimentaire à sa femme (article 212) ; ses héritiers la doivent-ils comme tels, quand ils ne sont pas de ceux qui y sont tenus? Autre exemple : si mon grand-père me paie une pension alimentaire et vient à mourir, mon oncle, fils de ce grand-père, qui ne me doit pas personnellement des aliments, sera-t-il tenu de m'en fournir comme héritier de mon grand-père ? Autre exemple encore : si je paie une pension à mon grand-père paternel et si je viens à mourir, ayant pour héritier mon frère utérin, mon grand-père aura-t-il action contre celui-ci? En un mot, l'obligation alimentaire passe-t-elle aux héritiers du débiteur?

La question est controversée. D'un côté, il est de principe général que toutes les obligations se transmettent aux héri-

tiers, activement et passivement (articles 724 et 870). D'autre part, c'est la qualité de la personne qui la rend passible de la dette alimentaire ; celle-ci est une obligation de famille d'une nature particulière, un devoir propre dû à une qualité et par conséquent intransmissible ; ce n'est pas une dette, mais l'expression d'un rapport personnel, un devoir de position. En droit, ce dernier point de vue est irréfutable. Mais, en fait, beaucoup estiment qu'il se heurte à un inconvénient. N'est-il pas inadmissible qu'une personne dont le besoin est constaté se trouve privée subitement d'aliments par la mort de celui qui les lui doit? Quand les biens de ce débiteur passent aux mains d'autrui par succession, ne serait-ce pas alors la succession qui doit les aliments, de sorte que l'obligation ne serait pas éteinte?

La majorité des auteurs admet que la dette passe quand elle a commencé avant la mort du débiteur, mais qu'on ne pourrait pas la faire naître. Ainsi une convention ou un jugement sont intervenus pour en fixer le *quantum* ; alors elle passe, quand même l'héritier ne serait pas du nombre de ceux qui personnellement la doivent : l'obligation devient une charge héréditaire. D'autres vont plus loin. Même sans convention ni jugement, disent-ils, l'obligation alimentaire passe aux héritiers du débiteur par cela seul que le besoin du créancier a commencé avant la mort du débiteur. En effet, la loi énumère les personnes du chef de qui la dette alimentaire peut naître ; une fois la dette née, elle sera acquittée soit par ces personnes, soit par leurs représentants [1].

Tout cela est bien difficile à admettre, car l'obligation alimentaire n'est pas une dette ; elle est un devoir inhérent à la qualité de parent ou d'allié. Comment la convention ou le jugement qui en règle l'exécution pourrait-il en changer la nature [2] ?

B. D'après ce que nous avons dit, l'obligation alimentaire existe dans cinq cas. Dans trois d'entre eux, les derniers sui-

1. Aubry et Rau, VI, p. 100, note 10.

2. La jurisprudence paraît incliner en ce sens, bien qu'on y relève certaines variations à cet égard. Dans le sens de la transmissibilité de la dette, voy. Cass. 12 décembre 1848, D. P. 1852.V.20, Sir. 1856.II.385. Dans le sens contraire, voy. Orléans 24 novembre 1855, D. P. 1856.II.259, Sir. 1856.II.385, — Cass. 8 juillet 1857, D. P. 1857.I.351, Sir. 1857.I.809, — Besançon 8 juillet 1879, D. P. 1880.II.142. — Cpr. Dalloz, *Table des vingt-deux années* (1845-1867), V° *Aliments*, n° 25, — *Table des dix années* (1877-1887), *eod. verb.*, n° 5.

vant l'ordre d'énumération dont nous avons usé, aucune difficulté n'existe sur le point de savoir à qui elle est due et par qui elle est due. L'obligation existe entre époux (article 212), entre l'adoptant et l'adopté (article 349), de la part du donataire au profit du donateur (article 955) ; une personne la doit, une personne y a droit : pas de complication.

Il en est autrement dans les deux autres cas. L'obligation existe entre ascendants et descendants (article 205), puis entre certains alliés (article 206). Dans ces deux cas, un même individu peut avoir éventuellement le droit de demander des aliments à diverses personnes ; alors une double question se pose : dans quel ordre s'adressera-t-il à elles et, puisque plusieurs personnes doivent la pension, dans quelle proportion chacune y contribuera-t-elle ?

D'abord dans quel ordre chacun des débiteurs éventuels est-il tenu ? La loi est muette, mais il y a, dans la famille, une gradation naturelle, qu'il faut suivre. Sont tenus, au regard de qui a droit à la pension : 1° le conjoint, avant tous autres, — 2° les enfants légitimes et naturels concurremment, — 3° à défaut d'enfants, s'il n'y en a pas ou s'ils ne sont pas en état de payer la dette alimentaire, les ascendants, en commençant par le plus proche, — 4° à défaut d'ascendants, les alliés en ligne descendante, — 5° enfin les alliés en ligne ascendante. Dans chaque groupe de parents, la dette s'impose d'abord aux plus proches. Cette règle est contestée cependant dans deux cas : 1° le demandeur a un fils vivant et un petit-fils issu d'un fils prédécédé, — 2° il a son père vivant et, à défaut de sa mère, son grand-père maternel. En matière de succession, le petit-fils est appelé par représentation de son père prédécédé, le grand-père prenant la moitié. Faut-il étendre ces règles à la dette alimentaire ? Non. Cette corrélation entre la dette alimentaire et l'éventualité des droits de succession est tout hypothétique ; il s'agit d'un devoir de conscience, dont la loi fait, dans certaines limites, un devoir civil ; or, au point de vue de la conscience, le devoir ne se divise pas.

Donc il faut s'adresser aux parents, dans chaque groupe, en suivant l'ordre de gradation naturelle. Seulement il faut bien noter que ces diverses personnes ne s'excluent pas. D'abord il peut y avoir plusieurs débiteurs au même degré et alors le créancier obtiendra des aliments de tous à la fois ;

d'autre part, si les débiteurs tenus de payer ne peuvent pas fournir d'aliments ou ne peuvent en fournir assez, le créancier s'adressera aux débiteurs du degré subséquent.

Alors se pose la question de savoir dans quelle proportion chacun des débiteurs est tenu. En d'autres termes, s'il existe plusieurs débiteurs de la dette, comment chacun y contribuera-t-il ?

On a émis l'idée que chacun des débiteurs est tenu pour la totalité, sauf règlement ultérieur entre eux. En effet, a-t-on dit, faire vivre quelqu'un est une obligation qui n'est pas susceptible d'exécution partielle ; or les obligations de cette nature sont dites indivisibles (article 1218) et l'article 1222 s'exprime ainsi : « Chacun de ceux qui ont contracté conjoin- « tement une dette indivisible en est tenu pour le total, encore « que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement. »

L'idée est aujourd'hui abandonnée dans la doctrine pour deux motifs. D'abord l'article 208 ne permet de condamner le débiteur que dans la proportion de sa fortune ; la charge de chacun se mesure à ses ressources : donc la charge est individuelle. D'autre part, ce n'est que par un subterfuge de langage que la charge est dite indivisible ; elle n'a rien d'indivisible. En effet, sans doute on ne vit pas pour partie, sans doute la vie est indivisible ; mais on vit plus ou moins bien ; en tout cas, les aliments, surtout payés en argent, sont divisibles. C'est faire un jeu de mots que d'appeler indivisible la dette alimentaire. Donc la charge de chacun est fixée personnellement et acquittée personnellement ; l'obligation se répartit proportionnellement à la fortune de chacun.

Abandonnant l'idée que la dette alimentaire est indivisible, on a dit qu'elle est solidaire, ce qui est une idée voisine ; de là découleraient les conséquences indiquées aux articles 1200 et 1214, notamment celle-ci que tous les débiteurs pourraient être contraints pour la totalité [1]. Mais l'article 1202 fournit une objection décisive contre cette manière de voir : « La so- « lidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressé- « ment stipulée. Cette règle ne cesse que dans le cas où la « solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition « de la loi. » Or vainement on chercherait pareille disposition touchant la dette alimentaire; même une disposition contraire se rencontre dans l'article 208, aux termes

1. Dalloz, *Répertoire*, V° *Mariage*, n°s 697 et suivants.

duquel les aliments sont accordés proportionnellement à la position de fortune de celui qui les doit. On comprendrait que le juge établît la solidarité si, dans des circonstances particulières, elle lui paraissait utile, non gênante pour les débiteurs ; mais la solidarité n'existe pas de plein droit.

En résumé, entre plusieurs débiteurs ayant des ressources égales, la charge se partage par parts égales ; entre plusieurs débiteurs ayant des ressources inégales, la charge se répartit proportionnellement aux ressources de chacun ; entre plusieurs débiteurs éventuellement tenus, si ce qui est nécessaire dépasse ce que peut payer le premier, le surplus sera payé par les autres.

374. Il faut ajouter enfin qu'après les personnes tenues de la dette alimentaire la société est tenue à titre subsidiaire. L'homme a le droit et le devoir de vivre ; tant qu'il est adulte et valide, cela le regarde seul ; dans le cas contraire, sa famille d'abord, la société ensuite sont tenues de le secourir.

Le droit aux secours publics est formellement écrit dans la loi du 24 vendémiaire an II (15 octobre 1793), qui édicte des mesures pour l'extinction de la mendicité ; le titre V (*Du domicile de secours*) contient un article 1 ainsi conçu : « Le « domicile de secours est le lieu où l'homme nécessiteux « *a droit aux secours publics.* » La même idée est reproduite dans l'article 13 de la Constitution de 1848 : «.... La société « fournit l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes « et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne « peuvent secourir. »

Où ce droit s'arrête-t-il ? Bien compris, il est absolument légitime ; exagéré, il conduit à la doctrine du droit au travail ; où est la limite ? Autant il est faux et dangereux de reconnaître aux particuliers un droit principal d'assistance à l'encontre de la société, autant il est juste et socialement utile de leur donner un droit subsidiaire. Un pays est bien près de ne plus être quand il méconnaît ce droit et ce devoir de solidarité[1].

1. La loi du 12 janvier 1895, *relative à la saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements des ouvriers ou employés*, contient une disposition intéressante qui concerne les créances d'aliments. L'article 1 déclare que les salaires et petits traitements sont insaisissables, au moins jusqu'à concurrence des neuf dixièmes. L'article 3 ajoute : « Les cessions et saisies faites pour le paiement « des dettes alimentaires prévues par les articles 203, 205, 206, 207, 214 et 349 « C. civ. ne sont pas soumises aux restrictions qui précèdent. »

NOTE COMPLÉMENTAIRE

La partie de ce volume qui concerne le mariage était déjà imprimée lorsqu'a été promulguée la loi du 20 juin 1896, dont le texte suit.

Loi portant modification de plusieurs dispositions légales relatives au mariage, dans le but de le rendre plus facile.

Article 1. L'article 78 du Code civil est ainsi modifié :

« Article 73. L'acte authentique du consentement des père et mère ou aïeuls et aïeules, ou, à leur défaut celui de la famille, contiendra les prénoms, noms, professions et domiciles du futur époux et de tous ceux qui auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté.

« Hors le cas prévu par l'article 160, cet acte de consentement pourra être donné soit devant un notaire, soit devant l'officier de l'état civil du domicile de l'ascendant, et, à l'étranger, devant les agents diplomatiques ou consulaires français. »

Article 2. L'article 151 du Code civil est ainsi modifié :

« Article 151. Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148 sont tenus, avant de contracter mariage, de demander par acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère ou celui de leurs aïeuls ou aïeules lorsque les père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

« Il pourra être, à défaut de consentement sur l'acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage. »

Article 3. L'article 152 du Code civil est ainsi remplacé :

« Article 152. S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcée et qui aura obtenu la garde de l'enfant suffira. »

Article 4. L'article 153 du Code civil est ainsi remplacé :

« Article 153. Sera assimilé à l'ascendant dans l'impossibilité de manifester sa volonté l'ascendant subissant la peine de la relégation ou maintenu aux colonies en conformité de l'article 6 de la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés. Toutefois, les futurs époux auront toujours le droit de solliciter et de produire à l'officier de l'état civil le consentement donné par cet ascendant. »

Article 5. Les dispositions suivantes sont ajoutées à l'article 155 du Code civil :

« Il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des père et mère des futurs mariés lorsque les aïeuls ou aïeules pour la branche à laquelle ils appartiennent attestent ce décès ; et, dans ce cas, il doit être fait mention de leur attestation dans l'acte de mariage.

« Si les ascendants dont le consentement ou conseil est requis sont décédés et si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de décès ou la preuve de leur absence, faute de connaître leur dernier domicile, il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leur déclaration à serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus.

« Cette déclaration doit être certifiée aussi par serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que, quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants et de leur dernier domicile. Les officiers de l'état civil doivent faire mention, dans l'acte de mariage, desdites déclarations. »

Article 6. L'article 4 de la loi du 10 décembre 1850 est ainsi modifié :

« Article 4. Les extraits des registres de l'état civil, les actes de notoriété, respectueux, de consentement, de publications, de délibérations du conseil de famille, les certificats de libération du service militaire, les dispenses pour cause de parenté, d'alliance ou d'âge, les actes de reconnaissance des enfants naturels, les actes de procédure, les jugements et arrêts dont la production sera nécessaire dans les cas prévus par l'article 1er, seront visés pour timbre et enregistrés gratis, lorsqu'il y aura lieu à enregistrement.

« Il ne sera perçu aucun droit de greffe ni aucun droit de sceau au profit du Trésor sur les minutes et originaux, ainsi que sur les copies ou expéditions qui en seraient passibles.

« L'obligation du visa pour timbre n'est pas applicable aux publications civiles ni aux certificats constatant la célébration civile du mariage.

« Les actes respectueux comme les actes de consentement seront exempts de tous droits, frais et honoraires, à l'égard des officiers ministériels qui les recevront ; il en sera de même pour les actes de consentement reçus à l'étranger, par les agents diplomatiques ou consulaires français ».

Article 7. L'article 179 du Code civil est ainsi complété :

« Les jugements et arrêts par défaut rejetant les oppositions à mariage ne sont pas susceptibles d'opposition. »

Article 8. Les dispositions de la présente loi sont applicables à l'Algérie, ainsi qu'aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion.

La loi du 20 juin 1896 a pour objet, comme son titre l'indique, de faciliter le mariage. Elle le fait : 1° en supprimant

certaines conditions requises par le Code civil et dont l'expérience avait démontré l'inutilité, — 2° en rendant plus simple et moins coûteux l'accomplissement de diverses formalités préalables à la célébration, — 3° en parant à certains abus des oppositions au mariage.

En la forme, la loi complète les articles 73, 151, 155 et 179 du Code civil; elle remplace les anciens articles 152 et 153 par des dispositions entièrement nouvelles; enfin elle modifie l'article 4 de la loi du 10 décembre 1850. Au fond, les innovations de la loi sont au nombre de sept.

I. Consentement des père et mère.

D'après l'article 148, lorsqu'une personne, mineure quant au mariage, a encore ses père et mère, elle doit solliciter le consentement de l'un et de l'autre ; en cas de dissentiment, la volonté du père l'emporte (*suprà*, p. 310). Cette disposition créait une situation difficile à l'enfant dont les père et mère étaient divorcés ou séparés de corps ; il se heurtait souvent à un refus systématique de l'époux contre lequel le divorce ou la séparation avait été prononcé et qui se vengeait ainsi d'avoir été privé de la garde de l'enfant. Lorsque cet époux était le mari, son refus suffisait à empêcher le mariage.

L'article 152 (rédaction de 1896) décide qu'en cas de dissentiment entre les parents divorcés et séparés de corps, le consentement de celui au profit duquel le divorce ou la séparation a été prononcé et qui a obtenu la garde de l'enfant suffit. Il est juste d'accorder ainsi voix prépondérante à celui des parents qui a été investi par la justice d'un des attributs les plus importants de la puissance paternelle.

Il semble résulter de la rédaction du nouvel article 152 que l'article 148 continue de recevoir application dans les deux cas suivants : 1° lorsque le divorce ou la séparation a été prononcé aux torts des deux époux, quand même la garde de l'enfant aurait été attribuée à l'un d'eux, — 2° lorsque celui au profit duquel le divorce ou la séparation a été prononcé n'a pas obtenu la garde de l'enfant, soit qu'elle ait été confiée à l'autre époux, soit qu'elle ait été remise à un tiers.

II. *Forme des actes de consentement.*

D'après l'article 73 (rédaction de 1804), le consentement des père et mère et autres ascendants doit être donné par acte authentique lorsqu'ils n'assistent pas au mariage ; l'acte authentique doit être un acte notarié (*suprà*, p. 311, note 2). La nécessité de recourir au ministère d'un notaire obligeait parfois les parties à un déplacement ; en tout cas, elle entraînait des frais. Le législateur de 1896 obvie à cet inconvénient dans un second alinéa qu'il ajoute à l'article 73. Désormais, les ascendants pourront faire dresser acte de leur consentement soit par un notaire, soit par l'officier de l'état civil de leur domicile, soit, à l'étranger, par les agents diplomatiques ou consulaires français.

III. *Actes respectueux.*

Les trois actes respectueux exigés par l'article 152 (rédaction de 1804) pour les fils de vingt-cinq à trente ans et pour les filles de vingt-un à vingt-cinq (*suprà*, p. 312), sont réduits à un seul ; un mois après cet acte unique, il peut être passé outre à la célébration du mariage. Par conséquent, les fils de vingt-cinq à trente ans et les filles de vingt-un à vingt-cinq sont désormais placés à cet égard dans la même situation que ceux qui ont dépassé cet âge (article 151, rédaction de 1896).

C'est l'innovation capitale de la loi nouvelle. Elle se justifie par l'inutilité reconnue du second et du troisième acte respectueux. Lorsque l'enfant n'a pas reculé devant la signification d'une première sommation, il n'y a aucune chance pour qu'il hésite à en faire une seconde et une troisième.

Au cours de la discussion, une réforme plus radicale a été proposée, consistant dans la suppression complète des actes respectueux ; la Chambre des Députés n'a pas cru devoir aller jusque-là. Par contre, elle avait adopté un amendement qui fut rejeté par le Sénat et qui ne maintenait la nécessité des actes respectueux qu'au regard des père et mère. Les enfants ayant atteint la majorité fixée par l'article 148 et n'ayant plus ni père ni mère n'auraient eu ni à justifier du consentement de leurs autres ascendants ni à leur signifier des actes respectueux.

IV. Justification du décès ou de l'absence des ascendants.

La loi nouvelle fait passer dans l'article 155, alinéas 2, 3 et 4 les dispositions de l'avis du Conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII, sur les moyens de suppléer au défaut de production des actes de décès des ascendants et sur la preuve de leur absence. Toutefois, le texte de l'an XIII a été intentionnellement modifié par le législateur. Désormais, l'officier de l'état civil n'aura plus seulement la faculté mais l'obligation de célébrer le mariage. lorsque, les ascendants étant décédés, il lui sera déclaré par serment, dans les conditions prévues au texte, que le lieu du décès et celui du dernier domicile de ses ascendants est inconnu.

V. Cas où il existe des ascendants relégués ou libérés après transportation.

Lorsqu'un ascendant dont le consentement ou le conseil est nécessaire pour le mariage se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il y a lieu de procéder comme s'il était décédé (articles 149, 150 et 151, rédaction de 1804). Le nouvel article 153 assimile à cet ascendant celui qui subit la peine de la relégation ou qui est maintenu aux colonies par application de l'article 6 de la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés. Toutefois, les futurs époux ont toujours le droit de solliciter et de produire à l'officier de l'état civil le consentement de cet ascendant.

VI. Mariage des indigents.

L'article 4 de la loi du 10 décembre 1850 accorde le bénéfice de l'exemption des droits d'enregistrement et de timbre à la plupart des actes nécessaires pour le mariage des indigents. La loi de 1896 (article 6), modifiant l'article 4 de la loi de 1850, étend ce bénéfice aux actes respectueux. En outre, les actes respectueux et les actes de consentement sont déclarés exempts de tous droits, frais et honoraires à l'égard des officiers ministériels qui les reçoivent ; il en est de même pour les actes reçus à l'étranger par les agents diplomatiques et consulaires français.

VII. Jugements et arrêts par défaut en matière d'oppositions au mariage.

L'opposition sert parfois à entraver sans motifs sérieux des unions parfaitement régulières. L'opposant accumule les artifices de procédure pour retarder la mainlevée de l'opposition et gagner du temps. Un des moyens employés consistait à laisser prononcer la mainlevée par défaut et à former ensuite opposition. Le nouvel article 179 rend cette manœuvre désormais impossible ; il décide que les jugements et arrêts par défaut rejetant les oppositions au mariage ne sont pas susceptibles d'opposition.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Notions générales 1

TITRE I. — **De la jouissance et de la privation des droits civils** 9

CHAPITRE I. — **De la nationalité des personnes**. 12

Section I. — *De la nationalité d'origine*. 15

Section II. — *De la nationalité d'acquisition*. 33

Section III. — *De la perte de la qualité de français*. 66

CHAPITRE II. — **De la condition des français quant à la jouissance et à la privation des droits.** 81

Section I. — *Des droits que les français ont ou peuvent avoir*. 82

Section II. — *De la perte des droits*. 98

CHAPITRE III. — **De la condition des étrangers en France quant aux droits civils** 125

TITRE II. — **Des actes de l'état civil**. 163

CHAPITRE I. — **Règles communes aux actes de l'état civil en général** 168

Section I. — *Des personnes qui interviennent dans la rédaction des actes de l'état civil* 168

Section II. — *De la tenue des registres de l'état civil*. . . . 181

CHAPITRE II. — **Règles spéciales à chaque espèce d'actes de l'état civil**. 188

Section I. — *Actes de naissance*. 189

Section II. — *Actes de mariage*. 192

Section III. — *Actes de décès* 192

CHAPITRE III. — **Règles spéciales aux actes de l'état civil reçus dans certaines conditions exceptionnelles**. 199

CHAPITRE IV. — **De la rectification des actes de l'état civil** 204

CHAPITRE V. — **De la force probante des actes de l'état civil** 216

SECTION I. — *Autorité des actes inscrits sur les registres.* . 216

SECTION II. — *Autorité des extraits des registres* 220

SECTION III. — *Comment il peut être suppléé aux registres de l'état civil* 224

TITRE III. — **Du domicile**. 234

CHAPITRE I. — **Le domicile général** 237

CHAPITRE II. — **Les domiciles spéciaux**. 252

TITRE IV. — **De l'absence** 264

CHAPITRE I. — **Droit commun** 269

SECTION I. — *Période de présomption d'absence*. 271

SECTION II. — *Période de déclaration d'absence* 276

SECTION III. — *Période de l'envoi définitif en possession*. . . 283

CHAPITRE II. — **Droit spécial aux militaires**. 286

TITRE V. — **Du mariage** 290

CHAPITRE I. — **Des conditions requises pour le mariage**. 299

SECTION I. — *Enumération des conditions requises* 299

§ 1. — Des qualités et conditions d'aptitude exigées des époux. 301
§ 2. — Des empêchements 327
§ 3. — De la célébration du mariage. 355

SECTION II. — *Sanction des prescriptions légales quant aux conditions exigées soit au fond soit en la forme* 370

§ 1. — Des oppositions au mariage. 372
§ 2. — Des nullités de mariage 383

CHAPITRE II. — **Des effets du mariage** 417

SECTION I. — *Devoirs respectifs des époux* 426

§ 1. — Droits et devoirs mutuels et réciproques. 427
§ 2. — Droits et devoirs spéciaux à chaque époux. 435

SECTION II. — *Incapacité de la femme mariée* 441

§ 1. — Sens exact et portée pratique de l'incapacité. 442
§ 2. — Fondement rationnel de l'incapacité 476

CHAPITRE III. — **De la preuve du mariage** 481

SECTION I. — *Preuve par l'acte de mariage* 482

SECTION II. — *Preuve par témoins* 482

SECTION III. — *Preuve par le résultat d'une procédure criminelle* 483

SECTION IV. — *Preuve par possession d'état* 489

CHAPITRE IV. — **De la dissolution du mariage** 493

SECTION I. — *De la dissolution du mariage par la mort naturelle de l'un des époux* 493

SECTION II. — *De l'annulation du mariage* 496

SECTION III. — *Des effets de l'absence quant au mariage* . . 497

APPENDICE. — **De la dette alimentaire** 501

NOTE COMPLÉMENTAIRE 513

Imp. G. St-Aubin et Thevenot. — J. Thevenot, successeur, Saint-Dizier (Hte-Marne).

Imp. G. St-Aubin et Thevenot. — J. THEVENOT, successeur, Saint-Dizier (Hte-Marne).

